

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

LETÍCIA REGINA CAMARGO KREUZ

**DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS DO SERVIDOR PÚBLICO:
SINDICALIZAÇÃO, GREVE E NEGOCIAÇÃO COLETIVA**

CURITIBA

2012

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE DIREITO

**DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS DO SERVIDOR PÚBLICO:
SINDICALIZAÇÃO, GREVE E NEGOCIAÇÃO COLETIVA**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel do Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Msc. Daniel Wunder Hachem

Coorientadora: Prof^a. Dr^a. Eneida Desiree Salgado

CURITIBA
2012

*Aos meus irmãos, Julia e Leonardo,
os melhores amigos que a vida me deu,
os melhores que eu poderia ter escolhido,
minha razão, minha paixão, todo o meu amor hoje e sempre.*

*Aos meus pais, Silvia e Artemio,
que me ensinaram a me indignar com a injustiça,
que me ensinaram a amar incondicionalmente e a lutar pelo que acredito.*

AGRADECIMENTOS

Passados cinco anos de quando iniciei o Curso de Direito da Universidade Federal do Paraná, tenho provavelmente uma centena de pessoas a agradecer por terem acompanhado esta jornada. Tentarei traduzir tais sentimentos, com a certeza de que não terei espaço ou memória de mencionar a todos, mas na esperança de contemplar cada um que aqui merece estar e a quem devo muita gratidão.

Agradeço, em primeiro lugar, aos meus pais, Artemio e Silvia Kreuz. O sentimento de indignação com as injustiças sociais eu aprendi (ou talvez tenha herdado) com eles. Foram eles que me deram a vida, o gosto pelo estudo, a vontade de ir além e a oportunidade de vivenciar tudo isso. Com meu pai, aprendi que não basta falar o bem se não se fizer o bem, que a vida é curta demais para irmos dormir à noite brigados com qualquer pessoa por quem tenhamos amor e que quem perdoa vive mais feliz – lições que eu busco a cada dia colocar em prática, talvez ainda sem sucesso. Minha mãe, por sua vez, ensinou que devemos nos doar a tudo que fazemos de corpo e alma, em especial quando se faz o bem para outra pessoa, e que é sempre a pessoa que tem mais tarefas que consegue fazer favores aos outros. Meus irmãos merecem também minha gratidão, não apenas pela confiança, mas por aguentarem comigo momentos difíceis, especialmente ao longo da conclusão do presente trabalho. Julia Kreuz, minha irmã e melhor amiga, além do apoio incondicional, teve o trabalho de revisar todo este estudo e o fez com amor e dedicação. Leonardo Kreuz, irmão e protetor, que sempre tem uma palavra amiga e de incentivo, teve também muita paciência. Aos dois, muito obrigada por tudo – e o mais importante, obrigada por estarem comigo hoje e sempre.

Aos meus avós, Rute e Wilson, Maria e Romeo, que me deram a oportunidade, ainda que indiretamente, de estar aqui hoje. Também, por sempre acreditarem que eu conseguiria alcançar os objetivos mais altos e por tanto se orgulharem desta neta. Agradeço também às minhas bisavós, Nair e Araci, que me ensinaram que há que “envelhecer”, mas sem perder a ternura jamais. Não poderia deixar de agradecer à Dada, que fez café sempre nas horas mais críticas, além de demonstrar apoio nos mínimos detalhes – e de ter paciência com toda a bagunça que eu causei em casa. Agradeço à Carol, minha irmãzinha que não se cansa de me

fazer sorrir. Ao meu tio e padrinho, Sérgio Luiz Kreuz, pelo exemplo profissional e de vida.

Agradeço imensamente ao meu namorado, Renato P. Ramos, que teve paciência o suficiente para aguentar os momentos difíceis, serenidade suficiente para não se abalar com o meu desespero, sabedoria suficiente para não me deixar desistir e amor suficiente para andar comigo este percurso sempre sorrindo.

Ao irmão que esta faculdade me deu, Eduardo Borges, companheiro, confidente, apoiador incondicional e, nas horas vagas, o amigo que me fazia rir e repensar. Com certeza nossa jornada juntos não acaba aqui e terei ainda muitos outros agradecimentos a dedicar-lhe – prometendo, desde logo, que os próximos estarão mais dignos de vossa importância ímpar. Ainda, aos amigos: Evandro Sutil, André Shimada, Guilherme Zasevski, Fábio Tamborlin, Luis Nagao, Daniel Fauth, Felipe Reis, com quem partilhei frustrações, esperanças, festas e cadernos.

Quanto às amigas, esta Faculdade me foi muito generosa. Thayse Fedalto, sempre disponível para tudo. Sem ela o último ano de faculdade teria sido menos engraçado, menos doce, menos agradável. Camila Scorsim, a quem admiro desde o ensino médio, que aprecia as amizades como ninguém e sempre com uma palavra amiga. Janaína Bonatto, que dividiu comigo as ansiedades da escolha da profissão e veio a partilhar também as ansiedades decorrentes dessa escolha, uma ouvinte das minhas frustrações matinais. Ana Flávia Nascimento, que me ensinou que aprendemos algo de novo com nossos amigos a cada dia. Luísa Rodrigues, companheira de PAR, de festas e da vida, sempre na luta. Bruna Fukuyama, que em sua sabedoria oriental me fez ver o quanto o dia 14 de outubro é realmente especial e que ser “rainha” (Regina) é algo único. Angélica Locatelli, sempre sorridente, que ajudou a tornar dias duros de biblioteca mais leves e agradáveis. Tamira Martins, de inteligência inigualável e com histórias inimagináveis.

Aos amigos Lucas Machado, que sonhou comigo em um dia estarmos juntos nesse curso e nessa Faculdade – e sonhar juntos realmente tem mais força; Rafael Souza, que teve a insistência em me apresentar ao Dropbox, programa que salvou a conclusão deste estudo – literalmente; Eduardo Ribeiro, amigo desde o início do curso, um dos responsáveis por meu ingresso no PAR, que valoriza as amizades como poucos; Maurício Rezende, amigo e inspiração de perseverança; Isabela Rissio, minha eterna veterana; Gabriel Petrus, um orgulho parista; Saulo Pivetta,

amigo de sempre e que hoje me honra com a presença enquanto professor desta banca.

Ao amigo e mestre Daniel Wunder Hachem, que me orientou e inspirou, além de confiar que eu conseguiria alçar voo tão alto. Espero ter alcançado meus objetivos e o deixado satisfeito com o resultado. Só tenho a agradecer. Também, à Professora Eneida Desiree Salgado, minha coorientadora, que acreditou neste projeto e que me inspira desde 2008.

A todos os servidores da Biblioteca de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná e também à Elaine e ao Emerson, cujos xérox salvaram toda a minha vida acadêmica, sempre solícitos, os grandes responsáveis por todo o material de apoio que utilizei neste trabalho

Sem me estender ainda mais, agradeço por fim (não porque tenha menor importância) ao Partido Acadêmico Renovador, grupo político sério e de esquerda, cuja luta me inspira há 5 anos. O PAR me deu alguns dos meus melhores amigos e também incitou minha consciência crítica e inconformidade com as injustiças. Me deu dores de cabeça, é verdade, mas não me arrependo de nenhuma delas. Sinto orgulho em ter feito parte de algo tão intenso e tão maior do que eu. Acreditar em uma sociedade mais justa e igualitária; no fim das desigualdades sociais e do preconceito em todas as suas formas; no fim da violência; na distribuição de renda e de terras; no ensino público, gratuito, de qualidade e acessível a todos; na defesa das minorias e dos oprimidos; na liberdade de cada um em poder ser exatamente aquilo que é, sem discriminação. Não são crenças simples, são projetos de um mundo melhor. Sonhamos com isso – um mesmo pensamento em muitas mentes. A todos os que comigo estiveram no PAR, obrigada por vivermos isso tudo juntos. Aos que vieram antes, obrigada por terem um dia partilhado dos mesmos anseios e por semearem o que hoje colhemos. Aos que virão, sigam na luta. Lembrem que nunca deixamos de ser paristas, apenas nos tornamos “paristas formados”. O PAR é como o primeiro amor, é para a vida toda.

*Isso de querer ser
exatamente aquilo que a gente é
ainda vai nos levar além
(Paulo Leminski)*

SUMÁRIO

RESUMO.....	vi
RÉSUMÉ.....	vii
APRESENTAÇÃO.....	viii
 INTRODUÇÃO.....	 11
 CAPÍTULO I – DIREITO ADMINISTRATIVO, DIREITOS HUMANOS E O SERVIDOR PÚBLICO NA LÓGICA DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	 13
1.1. A constitucionalização do Direito Administrativo e os princípios constitucionais da Administração Pública.....	13
1.2. Servidor Público na Constituição de 1988.....	26
1.3. Tratados Internacionais de Direitos Humanos e seu impacto no Direito Administrativo.....	35
 CAPÍTULO II – DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS DOS SERVIDORES PÚBLICOS DE NATUREZA COLETIVA.....	 43
2.1. Sindicalização.....	46
2.2. Direito de Greve.....	55
2.3. Negociação Coletiva.....	66
 CAPÍTULO III – A POSSIBILIDADE DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA E A REGULAMENTAÇÃO DA GREVE DO SERVIDOR PÚBLICO NO BRASIL.....	 76
3.1. Negociação Coletiva entre os princípios da juridicidade administrativa e da legalidade remuneratória.....	76
3.2. Aplicação das Convenções n. 151 e 154 da OIT e da Recomendação n. 159 da OIT.....	87
3.3. Projeto de Lei n. 710/2011.....	96
 CONCLUSÃO.....	 103
 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	 107

RESUMO

O objetivo fundamental deste estudo consiste em demonstrar a possibilidade jurídica e política da negociação coletiva entre servidores públicos e Administração Pública, bem como atentar para a problemática da greve desses trabalhadores – antes sem regulamentação, agora com tutela inadequada, mediante a aplicação subsidiária da lei de greve do setor privado. Ainda, intenta demonstrar o avanço e a necessidade na garantia da liberdade de sindicalização dos servidores. De forma a alcançar tal propósito, o estudo seguirá a estrutura retratada a seguir. (a) Primeiramente, será abordada a relação entre o direito administrativo, os direitos humanos e o servidor público na forma como foram tratados na Constituição Federal de 1988, levando em conta a constitucionalização do direito administrativo e os princípios constitucionais da Administração Pública e dos servidores públicos. Ainda, versará sobre o impacto dos direitos humanos positivados em tratados internacionais ratificados pelo Brasil no direito administrativo. (b) A segunda parte apresentará a tratativa dos direitos fundamentais sociais de caráter coletivo do servidor público, com as considerações acerca da importância da sindicalização, da falta de regulamentação específica à greve dos servidores e, por fim, da negociação coletiva, que fora garantida em um primeiro momento, mas hoje não o é mais. Será feita a devida relação íntima que esses três direitos têm entre si. (c) A última parte do trabalho presta-se à abordagem da possibilidade de negociação coletiva entre servidores e poder público. Inicia-se com a oposição entre os princípios constitucionais da juridicidade administrativa e da legalidade remuneratória; passa pela análise das Convenções n. 151 e 154 e da Recomendação n. 159 da Organização Internacional do Trabalho, que garantem a negociação dos trabalhadores públicos com a Administração; e, por fim, observa o Projeto de Lei n. 710/2011, que aborda tanto a regulamentação da greve quanto da negociação coletiva do servidor público.

RÉSUMÉ

L'objectif principal de cette étude est de démontrer la possibilité juridique et politique de la négociation collective entre les fonctionnaires et l'Administración Pública, et aussi faire attention à la question de la grève de ces travailleurs – qui n'avait pas de réglementés auparavant, et aujourd'hui a une protection inadéquate, par l'application subsidiaire de la loi de la grève du secteur privé. Encore, tente de démontrer l'avancement et le besoin de la garantie de la liberté de syndicalisation des fonctionnaires. Pour atteindre ce but, l'étude suivra la structure décrite ci-dessous.

(a) D'abord, sera abordée la relation entre le droit administratif, les droits humains et les fonctionnaires dans la façon dont ils ont été traités dans la Constitution Fédérale de 1988, en considérant la constitutionnalisation du droit administratif et les principes constitutionnels de l'administration publique et des fonctionnaires. Pourtant, traitera de l'impact des droits humains positivisée dans les traités internationaux ratifiés par le Brésil dans le droit administratif. (b) La deuxième partie présentera les rapports des droits fondamentaux sociaux de nature collectif du fonctionnaire, avec des considérations sur l'importance de la syndicalisation, l'absence de législation spécifique sur la grève des travailleurs publiques et enfin, la négociation collective, qui a été garanti au début, mais maintenant ce n'est plus. Il sera fait le rapport intime que ces trois droits ont un à l'autre. (c) La dernière partie de l'ouvrage se prête à aborder la possibilité de la négociation collective entre les fonctionnaires et le gouvernement. Il commence par le contraste entre les principes constitutionnels de la juridicité administrative et de la légalité de la rémunération; traite de l'analyse des Conventions n. 151 et 154 et de la Recommandation. 159 de l'Organisation Internationale du Travail, qui garantissent la négociation des travailleurs publiques avec l'Administration; et enfin, examine le Projet de Loi n. 710/2011, qui aborde la réglementation de la grève et aussi de la négociation collective des fonctionnaires.

APRESENTAÇÃO

Em um ano peculiar como o presente, em que esta Universidade vivenciou a maior greve dos últimos 10 anos – chegando a 120 dias de paralisação sem nem ao menos grandes tentativas de acordo por parte do governo federal¹ – muito se falou em soluções para a questão. Essas soluções deveriam apontar para a negociação mais rápida e efetiva e que alcançasse uma melhora significativa nas condições de trabalho dos grevistas. Ainda mais singular foi a inserção do Curso de Direito desta Universidade de forma ampla, com uma grande quantidade de professores apoiando a greve e aderindo a ela, recusando-se a dar aulas sem a devida negociação.

Vivenciei, ainda, duas greves do Ministério Público Federal (onde estagiei ao longo dos dois últimos anos de faculdade), uma delas que se encerrou sem qualquer negociação ou vitória dos servidores. A deste ano de 2012, por sua vez, contou com adesão muito mais expansiva e mobilização real em torno das pautas, mas novamente com dificuldades imensas na negociação – talvez por falta de vontade do governo, talvez por não ser a pauta de maior relevância para o momento.

Este trabalho, por coincidência do destino – ou por alguma outra razão, para aqueles que não creem em coincidências – tem sua conclusão neste ano de 2012, ano em que 36 categorias entraram em greve. O que se pretende com ele é justamente adentrar na possibilidade da negociação coletiva entre a Administração Pública e os servidores, para além da estrita legalidade de definição das condições de trabalho desses sujeitos que se tem hoje, destacando o papel fundamental dos sindicatos e a pressão política e jurídica que a greve exerce na possibilidade de negociação.

¹ Sobre o tema:

<http://www.apufpr.org.br/greve2012/index.php?option=com_content&view=article&id=657:greve-com-pleta-tres-meses-e-continua-forte-em-todo-o-pais&catid=1:noticias&Itemid=10>;

<http://www.apufpr.org.br/greve2012/index.php?option=com_content&view=article&id=714:apos-asse-mbleia-docentes-da-ufpr-decidem-permanecer-em-greve-por-tempo-indeterminado&catid=1:noticias&Itemid=10>;

<http://www.apufpr.org.br/greve2012/index.php?option=com_content&view=article&id=713:greve-de-2012-dos-docentes-federais-passa-a-ser-a-mais-longa-da-historia-do-setor&catid=1:noticias&Itemid=10>

<http://www.apufpr.org.br/greve2012/index.php?option=com_content&view=article&id=727:nota-do-comando-local-de-greve-suspendemos-a-greve-mas-continuamos-em-luta&catid=1:noticias&Itemid=10>.

INTRODUÇÃO

A temática abordada neste estudo aponta grande polêmica atual, que é a problemática da negociação coletiva entre o servidor público e a Administração, fazendo a devida relação entre a greve, que é o instrumento precípua de pressão do servidor pela negociação, e os sindicatos, organizações diretamente envolvidas tanto na greve quanto na possível negociação.

O grande problema na efetivação do direito do servidor à negociação coletiva é o vínculo que se coloca entre os sujeitos do possível acordo, que, segundo parte da doutrina, reveste-se de caráter estatutário. Assim, não seria possível qualquer ação bilateral na decisão das condições de trabalho dos servidores, pois a prerrogativa para tais definições seria exclusivamente do Estado, através da lei. Dessa forma, uma eventual negociação coletiva envolveria o Executivo, mas quem acaba por definir as condições de fato é o Legislativo. Certo é que o projeto de lei que estabelece as formas como devem os servidores prestar serviço é enviado ao Legislativo justamente pelo Executivo, mas nem sempre ele será respeitado em todos os seus aspectos (ou em qualquer um deles).

A problemática da negociação coletiva não tem hoje uma resposta, seja pela lei, pela jurisprudência ou pela doutrina. Daí a relevância da questão abordada. Vale ressaltar que a Lei n. 8.112/90 previu o direito do servidor à negociação, vindo a ser posteriormente declarado inconstitucional. Ademais, o Brasil ratificou dois tratados internacionais de direitos humanos, as Convenções n. 151 e 154 da Organização Internacional do Trabalho, que trazem esta exata previsão. Assim, a questão levantada é: o que deve prevalecer? A decisão quanto à inconstitucionalidade da negociação coletiva no que diz respeito ao servidor ou a previsão das convenções?

A opção por tratar apenas dos direitos fundamentais sociais de caráter coletivo deu-se pela falta de solução à negociação coletiva, falta de regulamentação adequada à greve e, ainda, pela necessária atuação dos sindicatos em ambos os aspectos.

No Capítulo I do presente estudo, aborda-se o papel da Constituição de 1988 na conformação da Administração Pública. Inicia-se tratando dos princípios constitucionais aplicáveis à Administração, passando pelos princípios e conceitos que envolvem a questão do servidor público no texto da Lei Fundamental e encerra-se a primeira parte com a discussão acerca da influência dos tratados internacionais,

em especial os que garantem direitos humanos, na tutela do direito administrativo, bem como a natureza jurídica que assumem essas normas uma vez que incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro.

O segundo Capítulo do trabalho presta-se a demonstrar historicamente o que levou à garantia dos direitos fundamentais sociais à sindicalização, greve e negociação coletiva dos servidores públicos. Trata-se do caminho percorrido pelas organizações profissionais até que fosse garantido este direito ao trabalhador do setor público. Depois, há a abordagem sobre a greve, que teve previsão constitucional, mas não teve lei posterior que a regesse, o que gerou ampla discussão em cenário nacional acerca de sua aplicabilidade – discussão aqui travada com base em julgados do Supremo Tribunal Federal e de apoio doutrinário. Ao fim dessa parte, aborda-se a negociação coletiva tanto na forma prevista constitucionalmente como nas consideradas implícitas, além da possibilidade trazida pelo direito internacional.

O Capítulo III versará sobre três temas de ampla relevância. O primeiro deles é a contraposição entre a juridicidade administrativa, fruto da constitucionalização do direito administrativo, e a legalidade remuneratória, que impediria (para parte da doutrina) a negociação coletiva para aspectos salariais, sendo possível apenas para questões de direitos sociais. Busca-se demonstrar como essa visão não se sustenta pelo direito pátrio. Posteriormente, trata-se especificamente dos instrumentos internacionais garantidores dos direitos sociais dos servidores públicos, em especial as Convenções n. 151 e 154 e a Recomendação n. 159, todas da Organização Internacional do Trabalho. Ao fim, tem-se a tratativa do Projeto de Lei n. 710/2011, que tramita atualmente no Senado Federal, o qual se presta à regulamentação da greve do servidor público e também da negociação coletiva.

O objetivo, ao fim, é demonstrar a necessidade do reconhecimento, garantia e tutela dos três direitos dos servidores aqui abordados, tanto para concretizar a dignidade desses sujeitos quanto para dar ampla efetividade à Constituição Federal e às normas de direito internacional. Ademais, é necessário que se reconheça o servidor enquanto um trabalhador, devendo a ele serem atribuídos os direitos correspondentes. Busca-se dar a noção da incompatibilidade da proibição da negociação coletiva com os preceitos do Estado Democrático de Direito e com o direito internacional dos direitos humanos.

CAPÍTULO I – DIREITO ADMINISTRATIVO, DIREITOS HUMANOS E O SERVIDOR PÚBLICO NA LÓGICA DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

1.1. A constitucionalização do Direito Administrativo e os princípios constitucionais da Administração Pública

O advento da ordem democrática, que culminou com a promulgação da Constituição Federal em 5 de outubro de 1988, não apenas colocou fim ao Regime Militar precedente, mas também apresentou novo centro normativo no ordenamento jurídico brasileiro. Foi amplo o trabalho realizado na Assembleia Constituinte², que era demandada desde a década de 1970, consequência da crescente manifestação popular. A nova Constituição foi um resultado de movimentos de vários setores da sociedade, estimulados inclusive pela demanda anterior por eleições diretas para Presidente da República.³

O anseio era mesmo por uma nova Lei Fundamental que rompesse com o regime autoritário, além de que sua construção permitisse a participação popular. E isso de fato foi atendido por meio do envio de sugestões dos cidadãos aos constituintes. “No texto elaborado pela Assembléia Nacional Constituinte reflete-se a participação popular na adoção de práticas democráticas. A participação popular marca indelevelmente a Constituição brasileira.”⁴

“A Constituição de 1988 traz um novo ordenamento jurídico para a sociedade brasileira e possibilita a construção de um novo projeto de democracia.”⁵ A retomada da democracia trouxe consigo a preocupação com a garantia dos direitos humanos e sua positivação em direitos fundamentais na Lei Maior, assumindo a dignidade humana o centro do ordenamento e critério de legitimidade das normas e princípios, tanto constitucionais como infraconstitucionais, de maneira

² Não caberá a discussão acerca da forma de convocação da Assembleia, mas sugere-se a seguinte obra: SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e Democracia*: tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro. Prefácio Romeu Felipe Bacellar Filho, apresentação Flavio Flores da Cunha Bierrenbach. Belo Horizonte: Fórum, 2007

³ SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e Democracia*: tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro.p.89-90.

⁴ SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e Democracia*: tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro.p.202.

⁵ SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e Democracia*: tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro.p.201-202.

a formar uma relação de “*interdependência* ou *reciprocidade*”⁶ entre a democracia e os direitos fundamentais – e a Constituição torna-se instrumento de institucionalização de ambos perante o Estado.

Em todas as áreas do direito pátrio puderam ser notados os efeitos dessa mudança, não apenas com a democratização do país, substituindo o endurecido regime anterior, mas também, e principalmente, com o perfil principiológico da nova Carta. Por outro lado, ela revestiu-se também de caráter normativo, dando comandos explícitos e um norte a ser seguido, independentemente de lei ordinária que reforçasse isso. O grande mérito dessa Constituição foi o de romper com a lógica das anteriores e nascer enquanto produto da participação popular, de toda a sociedade.

Os próprios princípios foram tomados nesse sentido normativo, dando mandados expressos daquilo que se apresenta como a vontade constitucional. Barroso destaca esse atributo normativo da Constituição, cujas normas seriam dotadas das mesmas qualidades das normas infraconstitucionais derivadas de lei em sentido estrito. Ele assevera ainda que elas são dotadas de imperatividade, que é fundamento desse caráter normativo defendido. O autor aponta a normatividade presente também nos princípios, sendo que a distinção destes (normas que consagram valores ou indicam fins públicos) em relação às regras (comandos descritivos de condutas) é um dos símbolos do pós-positivismo.⁷

Os princípios, por sua vez, assumem ambas as características: enquanto norma, podendo ser imediatamente aplicados, e enquanto enunciados abstratos, importando em dinamicidade ao sistema. Bacellar Filho diz que “os princípios atuam como critério interpretativo e integrativo do sistema constitucional.”⁸ É através deles que as normas constitucionais se relacionam entre si, formando o ordenamento brasileiro. Isso porque são dotados de abstração e maleabilidade, podendo seguir diferentes caminhos, e apontam os valores fundamentais expostos pela Constituição. Ao contrário das regras, que são ou não aplicadas, os princípios podem ser aplicados em maior ou menor medida.

⁶ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. p.50.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Op. Cit. p.4-7 (versão digital).

⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *A estabilidade do ato administrativo criador de direitos à luz dos princípios da moralidade, da segurança jurídica e da boa-fé*. p.295.

O processo de *constitucionalização* do direito atuou em todas as áreas, inclusive no direito administrativo. A Carta Magna tratou, em seu texto, de uma grande parcela de ramos do direito infraconstitucional. A Constituição passou a desfrutar “não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios”.⁹ Barroso lista três circunstâncias que considera relevantes à lógica da constitucionalização do direito administrativo, sendo elas a existência de muitas normas constitucionais que disciplinam a Administração Pública, as transformações por que passou o Estado brasileiro nos últimos anos e os princípios constitucionais incidentes sobre essa área do direito.¹⁰ Assim, conformou-se um “regime jurídico constitucional-administrativo”¹¹.

Dessa forma, Romeu Felipe Bacellar Filho defende que a justiça dos atos administrativos será compreendida através do texto constitucional, que possui cláusula aberta de proteção dos direitos e garantias fundamentais, expressa pelo art. 5º, § 2º, podendo ter seu conteúdo ampliado no presente ou futuro, a depender daquilo que seja necessário. O professor cita Jorge Miranda, autor que diz que “não são os direitos fundamentais que se movem no âmbito da lei, mas a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais”¹², vale dizer, o processo de constitucionalização leva à necessidade de adequação da lei ordinária à Lei Fundamental para que seja justa e válida.

Dentre os paradigmas repensados, Barroso menciona a redefinição da ideia de supremacia do interesse público sobre o interesse privado, a vinculação do administrador à Constituição e não apenas à lei ordinária e a possibilidade de controle judicial do mérito do ato administrativo. Ele também observa a importância dos direitos fundamentais e da centralidade que a dignidade da pessoa humana assume nesse sistema, o que se reflete em todos os ramos, importando em lógica nova ao ordenamento e ao direito administrativo.¹³

Bacellar Filho entende, no mesmo sentido, que o objetivo dessa nova Constituição foi o de apontar a dignidade da pessoa humana como o centro, sendo

⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Op. Cit. p.12 (versão digital)

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Op. Cit. p.17 (versão digital)

¹¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. p.27.

¹² MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais*. p.282-283.

¹³ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. p.17-18 (versão digital)

“fruto da participação de todos os segmentos da sociedade”. Ele reconhece a existência de vícios no novo texto constitucional, mas diz que a Carta “ostenta a virtude de ter como referencial a pessoa humana, não sendo, por outra razão, alcunhada de ‘Constituição cidadã’”. O fundamento do Estado Democrático de Direito é assim a dignidade humana em todas as suas dimensões.¹⁴

Gustavo Binenbojm¹⁵ ressalta que o direito administrativo se manteve alheio às mutações constitucionais operadas, tanto por conta da descontinuidade das constituições – e em contrapartida a continuidade da burocracia – como por conta do aparato próprio desse ramo do direito, com seus princípios, regras, institutos, categorias particulares. O autor destaca ainda que a constitucionalização do direito administrativo, além de tomar como centro a dignidade da pessoa humana, coloca-se acima e para além da lei, preocupando-se mais com a juridicidade do que com a legalidade em seus moldes tradicionais. Além disso, vincula o conceito de interesse público de forma jurídica e apresenta parâmetros principiológicos para o exercício da discricionariedade administrativa de forma legítima – isso além de admitir um espaço próprio para as autoridades administrativas independentes, deixando de lado a noção de Poder Executivo unitário.¹⁶

Esse processo de constitucionalização ocorre a par e passo com a crise da lei formal, que se dá tanto estrutural (crise de representação e crise de legitimidade dos parlamentos) quanto funcionalmente (crise da ideia de legalidade enquanto parâmetro de conduta ao Estado e aos particulares). Daí uma das transformações na Administração – já que administrar deixa de ser visto como “aplicar a lei de ofício”. A crise da lei perpassa a inflação legislativa, a noção de que a lei pode fundamentar a injustiça e a barbárie (o que ocorreu de fato com o nazismo e o fascismo), a perda da posição central da lei enquanto principal manifestação da vontade geral do povo – e, como dito, a Constituição assumindo esse papel, habilitando as competências e sendo critério das decisões administrativas, além de tornar o administrador um aplicador da Constituição.¹⁷

A Lei Maior substitui a lei como fonte do direito administrativo, modificação de extrema relevância para disciplina. “A Constituição passa a figurar como norma

¹⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *A estabilidade do ato administrativo criador de direitos à luz dos princípios da moralidade, da segurança jurídica e da boa-fé*. p.292.

¹⁵ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. p.18.

¹⁶ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. p.24-26.

¹⁷ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. p.125-136.

diretamente habilitadora da atuação administrativa, havendo uma verdadeira ‘osmose entre a Constituição e a lei’¹⁸. É nesse sentido que o texto constitucional de 1988 assumiu papel fundamental para o direito administrativo, seja em caráter normativo ou principiológico, dando sua delinação e seus parâmetros, seus limites e suas prerrogativas. E assim se apresenta o art. 37 da Constituição brasileira de 1988¹⁹ que, ao falar em Administração Pública direta e indireta, lista como seus princípios a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, tendo este último sido incluído no rol constitucional pela Emenda n. 19/98, além de trazer os pilares a que devem obedecer e as diretrizes à atuação Estatal.

Odete Medauar entende que a Administração “como objeto precípua do direito administrativo, encontra-se inserida no Poder Executivo”. Ressalta que a Administração Pública é um conceito complexo que acaba sendo identificado por aquilo que não é: não é atividade do Legislativo, tampouco do Judiciário. Essa é a noção que ela apresenta como aspecto funcional, sendo o aspecto organizacional caracterizado pelos entes do Estado, bem como seus órgãos, que dão conta das funções de governo. Destaca, ainda, que a Administração não se deixa definir – apenas descrever – por ter atuações multiformes, além de ser complexa.²⁰

Hely Lopes Meirelles também evidencia a falta de contornos bem definidos da Administração. Para ele, em sentido mais amplo, “*administrar* é gerir interesses, segundo a *lei*, a *moral* e a *finalidade* dos bens entregues à administração alheia.” Administração Pública seria gestão de bens e interesses da comunidade, com observância do direito e da moral, almejando alcançar o bem comum. A expressão Administração Pública vem a designar tanto os órgãos e pessoas que compõem sua esfera como a própria atividade de administrar aquilo que é da coletividade. Ele destaca ainda que deve a atividade do administrador estar voltada a serviços de utilidade pública, de interesse coletivo. É certo que, ainda que da mesma forma seja muito subjetivo o conceito de interesse público, deve a Administração tomar rumos no sentido de concretizá-lo.²¹ Em linhas muito simples, significaria dizer que a

¹⁸ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. p.130.

¹⁹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 10.11.2012.

²⁰ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. p.42-50.

²¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. p.85-86.

atividade estatal deve buscar a paz social, o bem-estar social, maior igualdade entre seus cidadãos, enfim, o equilíbrio e o progresso sociais.²²

Nesse viés se torna relevante a análise dos princípios norteadores da Administração, uma vez que dão os contornos daquilo que ela vem a ser. Como foi dito, a Constituição estabelece legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência como os princípios fundamentais da Administração Pública brasileira, não sendo, no entanto, um impeditivo para que a doutrina pátria se debruce em listar outros princípios que considera essenciais à atuação do administrador. Não se trata de um engessamento da conduta desse sujeito, mas de um direcionamento, de se evitar condutas que pudessem vir a prejudicar sua atuação.

Antes de uma análise um pouco mais debruçada sobre tais princípios, constitucionais e doutrinários, é necessária a observação acerca de seu conteúdo, de sua natureza jurídica. Sua lógica não é estática, sendo a análise de aplicação feita no caso concreto. Ainda, esses princípios apontam nortes de atuação, podendo ser efetivados em maior ou menor grau devido à sua maleabilidade. Podem entrar em conflitos entre si, exigindo atuação do aplicador no sentido de definir qual deve prevalecer ou se é possível a aplicação de ambos em determinada medida. Isso não é válido apenas para o judiciário. Por vezes, o Executivo terá que escolher de que forma pretende atuar, dando maior ou menor aplicação a depender daquilo que venham a ser seus objetivos. Daniel Hachem ressalta a concepção de princípio como “mandamento nuclear de um sistema”²³, uma vez que há elevado grau de fundamentalidade nessa norma, que apresentam os “valores essenciais de uma sociedade”, a sustentação de seu sistema jurídico.²⁴

Nessa tomada, sendo o primeiro dos princípios constitucionais mencionados, a *legalidade administrativa* assume, a princípio, duas formas. A primeira delas é a preferência ou compatibilidade de lei, que significa que o administrador não deve contrariar a lei ao executar seus atos, uma vez que a norma legal provém do Poder Legislativo, tendo primazia por ser dotado de caráter democrático – as Casas Legislativas são compostas pelos representantes do povo, devendo essa vontade prevalecer em relação ao ato do administrador que porventura se apresente em

²² Evidentemente que não se trata aqui de uma tentativa de dar contornos jurídicos ao conceito de interesse público, mas apenas uma delineação básica, de forma a exemplificar os propósitos que deveriam ser centrais ao administrador.

²³ Ele utiliza-se, para tanto, dos ensinamentos de Celso Antonio Bandeira de Mello.

²⁴ HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público*. p.140.

sentido contrário. O segundo sentido é o da reserva de lei, que basicamente é uma questão de competência – determinadas matérias são objeto exclusivo de lei formal, não podendo ser tuteladas por outro meio que não este.²⁵

Não é exatamente verdade, no entanto, a ideia de que a Administração tenha historicamente aceitado subordinar-se à lei em sentido estrito como forma de proteção do cidadão – já que estaria impedida de fazer tudo aquilo que a lei não lhe conferisse a prerrogativa. Essa vinculação à legalidade de fato ocorreu para legitimar sua perpetuação sem a interferência do cidadão. Não há qualquer efetivação de garantias do administrado quando é o próprio poder público quem edita as leis a que estará submetido e julga ele mesmo os conflitos a si impostos.²⁶

Ainda, o Direito Administrativo não tem mais o princípio em questão como mero respeito à lei formal, reflexo da constitucionalização do direito administrativo, como debatido acima. Na verdade, a legalidade dá espaço ao *princípio da juridicidade*, uma vez que o ato administrativo deve estar em acordo com o ordenamento como um todo, não mais meramente com a norma legal. Como assevera Cármen Lúcia Antunes Rocha, simplesmente com a legalidade “não se tem a inteireza do Direito e a grandeza da Democracia em seu conteúdo”, ao contrário da juridicidade, que tem essas características. Inclusive, a juridicidade só pode ser encontrada, segundo Rocha, justamente no Estado de Direito, sendo este “o Estado no qual a ideia de Direito signifique a instrumentalização da busca concreta da Justiça material para o povo que o forma e dele deve participar”. Assim, a juridicidade relaciona-se de forma íntima com a democracia e com a própria justiça.²⁷

A ideia de administração enquanto aplicação de ofício (de forma mecânica) da lei foi superada através do tempo com a constitucionalização do direito administrativo. Além disso, há a superação do “mito” de que a lei seria onipotente, como diz Paulo Otero.²⁸ A lei toma a forma de limite de atuação, mas não de conformação da atividade estatal apenas com aqueles contornos – há certa margem de discricionariedade do administrador em sua atuação. Meirelles aponta que a eficácia da atividade administrativa condiciona-se à lei e ao direito, significando a

²⁵ RODRIGUES, Marco Antônio dos Santos. *Neoconstitucionalismo e Legalidade Administrativa: a juridicidade administrativa e sua relação com os direitos fundamentais*. p.6.

²⁶ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. p.34-35.

²⁷ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. p.70.

²⁸ OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. p.735.

legalidade igualmente o atendimento à lei e a observância dos princípios administrativos.²⁹

Essa visão traduz, em certa medida, o que representa a juridicidade administrativa, levando-se em consideração não apenas o diploma legal, mas também os princípios acessórios. No entanto, para além dos princípios administrativos, ela abarca também os princípios constitucionais como um todo. Isso, em primeiro lugar, porque nem sempre o administrador terá a seu dispor todo um arsenal de leis para direcionar sua atuação e, da mesma forma, não pode ficar preso, inerte, esperando que elas sejam editadas para que ele possa atuar de maneira plena. “Hoje, a Constituição permite e impõe ao administrador que não fique ao aguardo de uma lei, para que então aja em defesa das previsões constitucionais”³⁰. A Lei Fundamental assume grande papel nessa esfera, já que se torna um pilar à atuação da Administração. Há, assim, um dever de agir do administrador ainda que não haja lei em sentido estrito que dê direcionamento à sua conduta, buscando concretizar os preceitos constitucionais, os direitos fundamentais, enfim, os fins da República.

Barroso entende que a constitucionalização do direito, no que diz respeito à Administração, se apresenta enquanto limite da discricionariedade, aponta deveres de atuação e confere fundamento de validade aplicação direta e imediata da Constituição, sem a necessidade de atuação do legislador ordinário.³¹ Note-se que o autor fala em aplicação imediata da Constituição, mais uma reafirmação inequívoca do caráter normativo dos princípios constitucionais e do texto constitucional como um todo, que se reflete também no direito administrativo.

Não se deve, no entanto, entender esse processo de constitucionalização do direito administrativo enquanto superação da lei formal. A lei será aplicada sempre que estiver em consonância com os princípios e regras constitucionais e, caso seja necessário, pode-se fazer uma “filtragem” constitucional, uma leitura constitucional da lei, de forma a proteger aquilo que o texto constitucional entende como fundamental. A própria Constituição pode ser imediatamente aplicada, sem a necessidade de lei que a concretize, devido tanto ao seu caráter normativo quanto

²⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. p.89.

³⁰ RODRIGUES, Marco Antônio dos Santos. *Neoconstitucionalismo e Legalidade Administrativa: a juridicidade administrativa e sua relação com os direitos fundamentais*. p.14.

³¹ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Op. Cit. p.8 (versão digital).

aos seus princípios, que demonstram os valores eleitos como dignos de proteção pela Lei Maior.

A Constituição se coloca, portanto, como “o elo de unidade a *costurar* todo o arcabouço normativo que compõe o regime jurídico administrativo”. A substituição da lei enquanto fonte de legitimidade à atuação da Administração só pode ocorrer com a devida substituição desta pela Constituição. Esta não mais é encarada como um programa político genérico que ainda necessitaria de concretização pelo legislador e torna-se “norma diretamente habilitadora da competência administrativa e como critério imediato de fundamentação e legitimação da decisão administrativa”.³²

Não implica dizer, portanto, quando se defende a *juridicidade administrativa*, que a *legalidade* é afastada. Estará a Administração sujeita também à lei formal, não sendo ela, no entanto, a fonte normativa primária de sua atuação, já que é a Constituição que assume essa posição. De qualquer forma, é nisso que se traduz a constitucionalização do direito administrativo, em uma abertura do direito e daquilo a que ele está condicionado, sendo a *juridicidade* o novo cerne, em um sentido que abarca o ordenamento como um todo e a Constituição como foco.

O princípio da *impressoalidade*, por sua vez, é intimamente ligado à noção de imparcialidade. A Administração deve desenvolver suas atividades com isonomia, sem distinção ou discriminação entre os sujeitos que serão alvos desses atos. O que se pretende é a vedação de tratamento diferenciado. “O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia.”³³

A *moralidade administrativa* não é vista como um princípio por todos os autores de direito administrativo, como bem diz Di Pietro³⁴. Isso por conta da subjetividade que permeia o conceito daquilo que vem a ser a “moralidade administrativa” em si. A autora cita Maurice Hauriou, que diz que “o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”³⁵ é o que define a moralidade administrativa. Não haveria apenas a contraposição entre legal e ilegal, justo e injusto (ou outros conceitos nesse mesmo sentido), mas sim uma moral contida na lei, institucional. Em resumo, é possível dizer que a atuação administrativa deve pautar-se na boa-fé ao mesmo tempo em que cumpre a lei. Um

³² BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. p.36-37.

³³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. p.114.

³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. p.77-80.

³⁵ HAURIOU, Maurice. *Précis de Droit Administratif*. Apud: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. p.77.

administrador que age de acordo com a moralidade administrativa seria um bom administrador, pois o mero cumprimento da lei não seria necessariamente o atendimento à moral.

A *publicidade* vem no sentido de trazer os atos da Administração a conhecimento da população, com transparência. O administrador deve dar ciência das atividades, dos gastos, enfim, de toda sua atuação. De certa forma, é importante que se diga que esse princípio traz a maior proximidade entre poder público e o cidadão, o destinatário da conduta administrativa. Para Meirelles a publicidade vai além da simples intenção de dar efeitos externos aos atos da administração, mas serve especialmente para assegurar o conhecimento deles por parte dos interessados diretos e da população em geral.³⁶

Medauar acredita em uma relação íntima entre *impessoalidade*, *moralidade* e *publicidade*, pois haveria o que ela denomina “instrumentalização recíproca”, na medida em que a impessoalidade permite a atuação em conformidade com a moralidade; a publicidade impossibilita (ou torna difícil) a conduta contrária à moralidade e à impessoalidade; e a moralidade administrativa significa a atuação em conformidade com a impessoalidade e a publicidade.³⁷

O princípio da *eficiência*, último dentre os que estão abarcados pela Carta Magna, foi incluído no texto do art. 37 em 1998, pela Emenda Constitucional n. 19. A eficiência é, em senso comum, a capacidade de produzir um resultado satisfatório ou esperado, de forma conveniente. É esse o sentido aproximado que o legislador buscou imprimir. A Administração deve agir de forma precisa, com agilidade, sem, no entanto, sacrificar a legalidade ou qualquer outro dos princípios trazidos pela Constituição. Celso Antônio Bandeira de Mello vem dizer que a eficiência é apenas uma faceta de um princípio já consagrado no direito italiano, o princípio da “boa administração”, que implica em congruência e adequação aos fins da Administração.³⁸ Já Hely Lopes Meirelles fala em “presteza, perfeição e rendimento funcional”. É mesmo a exigência de resultados positivos por parte da Administração Pública.³⁹ Emerson Gabardo, por sua vez, assevera que a função do princípio é o

³⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. p.96.

³⁷ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. p.123.

³⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. p.122.

³⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. p.98.

“de reforçar as preocupações da Administração, incrementando a mera reflexão estática sobre o adequado uso de suas prerrogativas”.⁴⁰

Gabardo enfatiza que não é “meramente decorativo” o princípio da eficiência no texto constitucional. Assim, ele é dotado de força normativa. A natureza do princípio sofre alterações através da vontade da Constituição, de forma a “levar em conta a realidade na qual se aplica e as outras proposições normativas da Constituição”. O autor destaca que se refere “exclusivamente à Administração, mas está diretamente ligado ao princípio da eficiência do Estado como vetor geral (de caráter ético) do sistema constitucional”. Ainda, aponta que o princípio está submisso aos demais princípios constitucionais, em especial o do Estado Social e Democrático de Direito.⁴¹

De todo modo, o que se percebe é que há uma tentativa do legislador em fazer com que o administrador atue de forma mais ágil, conveniente, com menores gastos e melhores resultados, sem deixar de lado a juridicidade.

Embora sejam apenas esses os princípios trazidos pela Lei Maior como delineadores da Administração Pública, a doutrina apresenta uma série de outros (alguns dos quais têm relevância nesse estudo), os quais decorreriam do próprio regime político acolhido pelo ordenamento.

O princípio da *supremacia do interesse público* sobre o interesse privado é trazido em primeiro lugar por Bandeira de Mello, sendo considerado como um “princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade”.⁴² Não estaria explícito no texto constitucional, mas seria um pressuposto implicitamente presente. “Juridicamente, sua dimensão, intensidade e tônica são fornecidas pelo Direito posto, e só por esse ângulo é que pode ser considerado invocado.”⁴³ Apesar de ser muito subjetiva a noção do que é o interesse público, a expressão em si “pode ser associada a *bem de toda a coletividade*”⁴⁴, segundo Odete Medauar, o que não se atenta, no entanto, para a necessidade de se enxergar o *interesse público* como algo que vai além da soma dos interesses dos cidadãos, mas como um princípio de justiça.

⁴⁰ GABARDO, Emerson. *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*. p.96.

⁴¹ GABARDO, Emerson. *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*. p.89-90.

⁴² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. p.96.

⁴³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*.p.97.

⁴⁴ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. p.128.

Bacellar Filho fala em bem comum em um sentido bastante próximo e entende que ele seja um princípio geral da atividade estatal e objetivo fundamental da atividade administrativa. Segundo o princípio, a Administração não pode se pautar por interesses particulares, da mesma forma que não é o bem comum a soma desses bens individuais. “O Administrador que transgrida este preceito convulsiona, desarmoniza e desacredita a ação administrativa.”⁴⁵ De fato, a Constituição fala em seu art. 3º, inciso IV⁴⁶, sobre o bem comum, o qual é apontado como um objetivo fundamental da República. Já Salomoni relaciona o conceito de interesse público às condições da vida social, “que permite a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos”.⁴⁷ É, portanto, uma forma de concretização da própria democracia.

Já em relação ao *princípio da razoabilidade*, Bandeira de Mello⁴⁸ separa *razoabilidade* de *proporcionalidade*, sendo que o primeiro seria a atuação em consonância com critérios aceitáveis racionalmente, com equidade, e o segundo demonstra o agir de forma proporcional, harmônica, em extensão e intensidade, ideia que Di Pietro compartilha⁴⁹. Outros autores, como Medauar⁵⁰, entendem que se trata de apenas um princípio, o da proporcionalidade, que engloba ambas as ideias. Trata-se da noção de que não se deve impor aos indivíduos restrições maiores que as necessárias.

É importante, ainda, pontuar o princípio da *motivação*, que consiste fundamentalmente em a Administração justificar seus atos, apresentando os apontamentos de fato e de direito que levaram a agir daquela forma determinada. Nas palavras de Florivaldo Dutra de Araújo, “o dever de motivação é mais incisivo

⁴⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *A estabilidade do ato administrativo criador de direitos à luz dos princípios da moralidade, da segurança jurídica e da boa-fé*. p.294.

⁴⁶ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 10.11.2012.

⁴⁷ SALOMONI, Jorge Luis. *Impacto de los Tratados de Derechos Humanos sobre el Derecho Administrativo Argentino*. In: SALOMONI, Jorge Luis; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; SESIN, Domingo Juan. *Ordenamientos internacionales y ordenamientos administrativos nacionales*. Jerarquia, impacto y derechos humanos. p.25.

⁴⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. p.110-112.

⁴⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. p.80-82.

⁵⁰ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. p.128-129.

para a administração pública, pois quem administra os interesses da coletividade tem o dever de prestar contas dos seus atos diante dos cidadãos”⁵¹.

O princípio da *segurança jurídica*, por fim, também traz relevância, não sendo apresentado no texto da lei, mas podendo ser extraído de sua essência, vez que se está tratando de uma realidade democrática. Segurança remonta ao conceito de estabilidade.

Nesse contexto, tem-se em linhas gerais de que forma a atuação administrativa é condicionada, a que ela deve obedecer. Ainda que seja difícil objetivar o que é a Administração Pública, ela é em última análise – de forma que segue bastante simplificada – a ação dos entes que têm essa função atribuída pela lei, a que a lei confere a competência para atuação.

É inegável a importância da constitucionalização do direito administrativo, no sentido não apenas de dar garantias ao cidadão (determinando ao ente público que este faça apenas o que a lei permite), mas principalmente na efetivação de uma ordem verdadeiramente democrática e garantidora da dignidade da pessoa humana – como um norte de todo o sistema – e dos demais princípios constitucionais. Assim, “a atuação administrativa só será válida, legítima e justificável quando condizente, muito além da simples legalidade, com o sistema de princípios e regras delineado na Constituição, de maneira geral, e com os direitos fundamentais, em particular”.⁵²

Nessa esfera de direitos fundamentais, é inegável que é a dignidade humana o pilar fundamental do Estado de Direito e, assim, da Administração Pública, não sendo aceitável em nenhum aspecto a atividade administrativa que desrespeite os direitos humanos que delineiam o conceito de dignidade. É nesse sentido que hoje o direito administrativo é visto por Marçal Justen Filho enquanto “conjunto de normas jurídicas de direito público que disciplinam as atividades administrativas necessárias à realização dos direitos fundamentais”⁵³, convergindo tanto as estruturas estatais como as não estatais ao seu desempenho e concretização. É dessa forma, também, que se visualiza a Administração Pública e suas funções no presente estudo, como o meio precípua de efetivação dos direitos humanos e fundamentais.

⁵¹ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Negociação Coletiva dos Servidores Públicos*.p.381.

⁵² BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. p.132.

⁵³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, p.1..

1.2. Servidor Público na Constituição de 1988

A lei que dispõe acerca do regime jurídico do servidor público (Lei n. 8.112/90) os define como “a pessoa legalmente investida em cargo público”⁵⁴. Segundo esta, é cargo público o conjunto de atribuições e responsabilidades devem ser cometidas a um servidor, estando previstas na estrutura organizacional.

O servidor público é, para Cármen Lúcia Antunes Rocha, “a pessoa física que participa de uma relação jurídica trabalhista não eventual com uma pessoa estatal, sob regime de direito público ou determinado por princípios de direito administrativo, investindo-se em cargo público de natureza civil”. O elo jurídico entre o servidor, que é um trabalhador público, se dá com uma pessoa jurídica de direito público e sua atividade laboral se dá no sentido de produzir bem ou serviço público. O regime jurídico desse trabalhador é, para a autora, estabelecido unilateralmente pela Administração para a carreira, não podendo o servidor interferir nessa decisão.⁵⁵

Há uma relação trabalhista pública, que se forma entre o servidor e o Estado. Para além do trabalho em si, ele desempenha uma função relevante na direção da Administração. Trata-se de um papel cidadão na administração do que é da coletividade. Para Rocha, servidor público é o sujeito que media a relação entre o Estado e o cidadão cotidianamente, é a face que a Administração apresenta aos seus administrados. É através do servidor que a Administração se apresenta à vida do cidadão.⁵⁶

Todavia, a Constituição não emprega o termo “servidor público” de forma absolutamente técnica, ou ao menos sem evitar que ambiguidades sejam percebidas. Ao cuidar das disposições gerais sobre a Administração Pública, a Lei Maior tratou dos sujeitos que trabalham em função tanto da Administração direta quanto da indireta, acabando por chamar servidor público em dois sentidos: em sentido amplo, as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício; em sentido menos amplo, apenas os sujeitos que prestam serviços às pessoas jurídicas de direito público.⁵⁷

⁵⁴ Lei n. 8.112/90. Art. 2º Para os efeitos desta Lei, servidor é a pessoa legalmente investida em cargo público.

Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em 10.11.2012.

⁵⁵ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*. p.78-79.

⁵⁶ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*. p.82.

⁵⁷ DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Direito Administrativo*. p.525.

Medauar também ressalta a imprecisão terminológica com que é tratado o tema, especialmente na imprensa, que usa indistintamente termos tais como “funcionalismo público”, “funcionários”, “servidores”, para retratar todos aqueles que têm vínculo de trabalho para com a Administração.⁵⁸ Nesse sentido é que se faz necessário estabelecer as diferenças entre as categorias de agentes públicos. Cabe pontuar que “agente público é toda pessoa física que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta”.⁵⁹ As categorias que compõem essa noção são os agentes políticos, servidores públicos e particulares em colaboração com o Poder Público.

Apenas para pontuar, a redação originária da Constituição de 1988 contava ainda como categoria de servidores públicos os militares, o que foi superado com a Emenda Constitucional n. 19/98. Atualmente, apenas os servidores civis são servidores públicos.

Os agentes políticos seriam componentes do governo, chefes do Executivo, podendo ser investidos em sua função por nomeação, eleição, designação, delegação. Por meio de atribuições constitucionais, eles formam a vontade do Estado. Já os particulares em colaboração com o poder público são “as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado, sem vínculo empregatício, com ou sem remuneração”.⁶⁰

O conceito de servidor público compreende os *servidores estatais*, aqueles que estão submetidos ao regime jurídico administrativo e que ocupam cargos públicos, os *empregados públicos*, cujos postos são os empregos públicos e cujo regime é o celetista, e os *servidores temporários*, que não têm cargo nem emprego público, mas sim contrato a tempo determinado para com a Administração.

O regime administrativo da primeira classe de servidores é um regime “estabelecido em lei por cada uma das unidades da federação e modificável unilateralmente, desde que respeitados os direitos já adquiridos pelo servidor”.⁶¹ Há autores que realizam a crítica no sentido de dizer que não seria “estatutário”, mas sim contratual o regime jurídico estabelecido entre o servidor e a Administração, já que não se resumiria a aceitar o ingresso no cargo público, mas haveria sim um

⁵⁸ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. p.260.

⁵⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. p.526.

⁶⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. p.533.

⁶¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. p.529.

contrato entre tais sujeitos.⁶² Essa submissão do servidor público à lei em relação às suas condições de trabalho é questionável também em um sentido amplo, tanto por conta da superação da noção de legalidade administrativa em prol da lógica mais aberta da juridicidade quanto por conta da defesa da possibilidade da negociação coletiva do servidor público, tema que será abordado de forma mais extensiva na sequência deste estudo.

Ainda que se defenda essa visão, não se pode negar que a relação que se forma entre o servidor público e a Administração é dotada de ampla verticalidade, muito ao contrário da relação pretensamente horizontal⁶³ celebrada pelo contrato de trabalho do setor privado. Essa verticalidade é o que se questiona neste estudo, buscando a resposta em âmbitos constitucional e internacional.

O regime constitucional dos servidores públicos se apresenta de forma bastante extensa. A Lei Fundamental cuidou da política de vencimentos dos servidores, pressupostos de estabilidade, regime previdenciário e outros aspectos constantes da Seção concernente à Administração Pública. E ainda, a Constituição listou os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, tratados em seu art. 7º, que seriam também aplicáveis aos servidores públicos, tais como a jornada de trabalho não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais, descanso semanal remunerado, férias anuais remuneradas, etc.⁶⁴ Conferiu, assim, uma ampla gama de direitos a esses trabalhadores.

O que vincula o servidor público à Administração é uma relação pretensamente unilateral, estatutária (segundo parte da doutrina), que depende da anuência do sujeito que se tornará servidor público. Esse formato é mais interessante ao poder público, que detém exclusividade na definição das normas e

⁶² Sobre o tema, aborda-se mais na sequência do estudo, mas ressalta-se que o Ministro Marco Aurélio Mello é um jurista que defende tal posicionamento, bem como Roberto Sorbilli Filho.

⁶³ Há quem defenda que a relação trabalhista celetista seria dotada de horizontalidade, uma vez que ocorre a celebração de contrato, no qual a vontade de ambas as partes seria plenamente respeitada. Essa visão é ilusória. Mesmo em uma relação iniciada por um instrumento que supostamente aponta para a conversão de vontades dos sujeitos, um “comum acordo”, o detentor dos meios de produção tem mais poder, pois o trabalhador dele depende para seu sustento e irá, muitas das vezes, aceitar condições de trabalho desinteressantes para garantir sua subsistência e de sua família. Não há como se pensar uma relação de emprego com ampla horizontalidade entre seus membros na sociedade atual. Assim, não seria tão acintosa a diferença entre a relação jurídica do servidor público e do empregado, com a ressalva óbvia de que o primeiro “vende” sua força de trabalho à Administração.

⁶⁴ Constituição Federal, art. 39, §3º. Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 10.11.2012.

preceitos que regulam a prestação de serviços de seus empregados. O cidadão que concorda em tornar-se servidor público manifestaria, no entanto, sua vontade nesse sentido, quer ou não adentrar nos quadros de trabalhadores da entidade, e apenas nisso, não podendo interferir nas condições de trabalho a que estará submetido – algo absolutamente questionável do ponto de vista da democracia constitucional em que se está inserido atualmente. O Estado define de forma unilateral as condições de trabalho de seus servidores através do regime administrativo (ou estatutário), que é um regime jurídico de caráter político.

Ao mesmo tempo em que entende que está unicamente nas mãos do Estado a possibilidade de modificação das circunstâncias em que o servidor público presta seus serviços ao Estado, em razão de ser essa relação unilateral, Cármen Lúcia ressalta que essa relação não é estática no tempo, sofrendo alterações constantes em razão da sociedade em que esteja inserida. “O que era considerado ‘inegociável’ ontem, hoje pode não ser; nada disso muda a circunstância de que o servidor público engaja-se num processo político dinâmico”. É necessário que o regime jurídico sofra transformações, de forma a adequar-se plenamente à sociedade em que esteja inserido. Nota-se, hoje, uma “aproximação entre os princípios e até mesmo entre os preceitos que dominam as relações de emprego entre os trabalhadores particulares e entre trabalhadores de entidades públicas”.⁶⁵

Diz-se isso agora já para antecipar, de certa forma, discussão que será aprofundada posteriormente. O que interessa no momento é demonstrar como, apesar de ser estatutário sob a ótica de boa parte da doutrina e da jurisprudência, o regime não é imutável. Ademais, apesar de dever ser envolto da legalidade, “porque o Estado é de Direito”⁶⁶, deve ser também democrático. Não se pode aceitar um regime que se pretenda eterno, pois não estará em consonância com a sociedade em que estará inserido. Também não é possível aceitar que um trabalhador esteja inserido em uma lógica em que ele apenas aceita o trabalho imposto ou não, sem quaisquer outras possibilidades de discussão acerca das condições em que presta seu serviço. Daí a noção de ser, em verdade, um regime bilateral, o que permeia a relação entre servidor e Administração, ainda que dotado de peculiaridades.

⁶⁵ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*. p.121.

⁶⁶ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*. p. 122.

Cármem Lúcia acredita, também, que há um arsenal de princípios constitucionais dos servidores públicos em número bastante amplo, princípios estes que definem sua atuação, sua vinculação com a Administração, enfim, que os subordinam, condicionam e os atribuem direitos e deveres.⁶⁷

Essa característica principiológica do estatuto constitucional do servidor público relaciona-se intimamente também com a noção da constitucionalização do direito administrativo abordada anteriormente. Os princípios, como já retratado, se apresentam como núcleos do sistema constitucional, tendo aplicabilidade imediata, mas podem vir a ser relativizados quando em conflito com outros princípios. Ademais, o caráter normativo da Constituição de 1988 é de grande relevância no que diz respeito ao servidor público, pois conforma as normas infraconstitucionais, devendo estas adequar-se ao que a Carta determina, buscando garantir os direitos que nela foram assegurados de forma plena. Não pode a lei seguir em sentido diverso daquilo que é constitucionalmente afirmado.

Primeiramente, por questão de lógica – já que é necessário ingressar na carreira para então ser “atingido” pelos demais princípios a ela relacionados –, o *princípio da acessibilidade* traduz, no direito público, tanto a ideia de acesso ao serviço público quanto de promoção a outro cargo, superior, dentro da mesma carreira. Na Constituição, é o primeiro sentido o que prevalece.⁶⁸ O art. 37 da Carta Magna determinava originalmente que poderiam ser servidores públicos os brasileiros que se enquadrassem nos requisitos estabelecidos em lei. Hoje, a redação amplia a possibilidade também aos estrangeiros, na forma da lei, por redação trazida pela Emenda n. 19/1998. Note-se, no entanto, que para alguns cargos públicos se mantém a exigência de nacionalidade brasileira⁶⁹, a exemplo do art. 12, § 3º, da Carta⁷⁰, que estabelece que apenas brasileiros natos podem

⁶⁷ ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*. Editora Saraiva, 1999.

⁶⁸ ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*. p. 143.

⁶⁹ Cabe a ressalva de que o direito do brasileiro já é constitucionalmente assegurado, caso preencham os requisitos trazidos pela lei, enquanto o direito do estrangeiro se dá *na forma da lei*, ou seja, podem vir a ter o direito de adentrar nesses cargos, contanto que a lei infraconstitucional assim estabeleça e na forma como ela o fizer.

⁷⁰ Art. 12, § 3º - São privativos de brasileiro nato os cargos:

- I - de Presidente e Vice-Presidente da República;
- II - de Presidente da Câmara dos Deputados;
- III - de Presidente do Senado Federal;
- IV - de Ministro do Supremo Tribunal Federal;
- V - da carreira diplomática;
- VI - de oficial das Forças Armadas.

preencher os cargos de presidente e vice-presidente da República, assim como aqueles que lhes façam as vezes em sua falta (presidente da Câmara dos Deputados, presidente do Senado Federal, ministro do Supremo Tribunal Federal), além dos integrantes de carreira diplomática e oficiais das Forças Armadas.⁷¹

Há também o *princípio constitucional da inacumulabilidade de cargos públicos*, princípio cujo nome é autoexplicativo: a Constituição torna defesa a possibilidade de um mesmo sujeito acumular cargos públicos e suas respectivas remunerações. Pode-se entender tal disposição não enquanto um princípio, mas sim enquanto regra, já que aqueles não permitem exceções e, no caso, existem exceções à inacumulabilidade. Cármen Lúcia Antunes Rocha ressalta a impossibilidade de se opor exceções à observância dos princípios, ainda que admitam interpretação ampla, e demonstra que a regra, por sua vez, permite exceções para adequar-se aos princípios.⁷²

Em tese, a eficiência e a excelência se concretizam de melhor forma com a investidura de um servidor a cada cargo. É com isso que está preocupado o Administrador. A Constituição é taxativa quanto às exceções à inacumulabilidade de cargos, não sendo uma determinação, mas apenas uma autorização do legislador constituinte. As hipóteses constitucionais passíveis de se estabelecer vínculo jurídico-funcional com um mesmo servidor quando tratar-se de dois cargos de professor, um cargo de professor e um técnico ou científico ou dois cargos privativos de médico. O que se exceder ou se diferenciar a tais hipóteses será inconstitucional. Caso ocupe mandato eletivo, será afastado do cargo de servidor público.

Quanto ao *princípio da responsabilidade estatal* em relação ao servidor público, sua responsabilidade civil se dará apenas nos casos de dolo ou culpa, prevalecendo a noção constitucional de responsabilidade do Estado.⁷³

No entanto, para o presente estudo, acredita-se que o princípio que se apresenta como um dos princípios de maior relevância seja o da *legalidade remuneratória* – uma vez que será abordado de forma mais plena sobre a

VII - de Ministro de Estado da Defesa

Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 10.11.2012.

⁷¹ No caso, a distinção se dá em relação a poucos cargos, que se relacionam com a linha sucessória direta da presidência da República, de forma que não há quebra na isonomia atribuída a brasileiros e estrangeiros. O tratamento desigual se justifica.

⁷² ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*. p.265.

⁷³ Trata-se de um breve comentário, não pretendemos nos estender no tema, devido à sua grande complexidade.

possibilidade de negociação coletiva dos servidores públicos. É a lei a fonte legítima para determinar os gastos públicos, nestes incluídos os gastos com pessoal, o que justifica a existência do princípio constitucional da *legalidade remuneratória*. Di Pietro explica que uma parcela da remuneração dos servidores é fixada em lei por ser comum aos servidores e outra parcela diferenciada em razão de condições especiais (gratificações, adicionais, etc.).⁷⁴

O art. 37, X, da Constituição⁷⁵, diz ainda que a lei que define remuneração e subsídios dos servidores públicos deve ser lei específica, determinação dada pela Emenda Constitucional n. 19/98. “Lei específica é aquela que tem objeto único, especificado na ementa e delimitado em seus dispositivos, os quais podem cuidar, exclusivamente, da matéria a que se propõe ali versar.”⁷⁶ Em tese, o processo legislativo permite o conhecimento e o controle pelo cidadão, além de ser uma vedação a subsídios altíssimos e descontrolados⁷⁷. É, de certa forma, uma garantia de todos contra salários muito altos dos servidores, uma tentativa de proteção embasada no interesse público. Se não houver previsão orçamentária correspondente às despesas (e acréscimos), não pode haver a lei específica que as determine, sob pena de inconstitucionalidade.

Além da legalidade específica, a Emenda Constitucional n. 19/98 também impôs a noção de *verdade remuneratória*, pela qual se tem um valor certo como devido enquanto “contraprestação financeira pelo exercício do cargo, função ou emprego, definido de maneira clara, exata e publicada sem subterfúgios nem disfarces”⁷⁸. É, em resumo, a demonstração da transparência, pois tanto Estado e servidor quanto o próprio cidadão sabem exatamente qual é a remuneração percebida pelo servidor público.

A título de distinção, remuneração é o valor total recebido pelo servidor público, toda a contraprestação paga por seu trabalho, o *quantum* recebido a título

⁷⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. p.547.

⁷⁵ Art. 37, X - a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 10.11.2012.

⁷⁶ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*. p.287.

⁷⁷ Evidentemente que caberia aqui a crítica acerca da corrupção que sabidamente existe, dos subsídios mal empregados, entre outros aspectos absurdos que envolvem a matéria, crítica que restará para uma outra oportunidade.

⁷⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*. p.301.

pecuniário. O vencimento é o que é definido legalmente de acordo com o cargo ocupado, o nível, enfim, as características do cargo. É igualmente um valor pecuniário e também se dá a título de contraprestação pela prestação do serviço. Já o subsídio, trazido pela EC n. 19/98, é conferido aos titulares de cargos políticos, membros dos Poderes, entre outros (art. 39, § 4º, da Constituição⁷⁹). Trata-se de um auxílio remuneratório.

A Constituição previu ainda a necessidade de a Administração realizar o que denominou de revisão geral dos vencimentos dos servidores, o que se justifica dada a inflação que assolava o país à época. Revisão (exame do valor da remuneração para adaptá-la ao valor da moeda) não se confunde com reajuste, que é uma alteração do valor da remuneração de forma que esta corresponda com aquilo que se entende como valor necessário às condições ou ao custo de vida do agente público.⁸⁰ A revisão é um dever do Estado, devendo ser realizada anualmente, conforme art. 37, X, da Constituição, devendo ocorrer na mesma data e observados os mesmos índices.

Mais um princípio que se relaciona diretamente com a questão da legalidade remuneratória é o da *isonomia*, que se reflete tanto em paridade quanto em equiparação de vencimentos. A paridade é a igualdade entre a remuneração correspondente a cargos iguais ou semelhantes enquadrados em Poderes diferentes. Já a equiparação é feita horizontalmente, igualando-se os vencimentos de cargos desiguais, mas que por comparação devam ser igualados em matéria remuneratória. Esta só pode ser considerada válida se o constituinte assim previu. Em havendo aumento da remuneração do paradigma, o equiparado o sentirá na mesma proporção. Há também a questão da vinculação, que é feita de forma vertical, quando um cargo está sujeito a variações remuneratórias que outro venha a

⁷⁹ Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

§ 4º O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 10.11.2012.

⁸⁰ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*. p.323.

sofrer, mas que não possuem entre si a mesma remuneração. Também só pode ocorrer por previsão constitucional.⁸¹

Ainda, há a questão da *irredutibilidade dos vencimentos*, traduzida pela previsão constitucional do art. 37, XV, da Constituição⁸². “Fixado, portanto, legalmente o padrão de vencimento ou de subsídio não haverá recuo ou redução posterior, ou, dito de outra forma, ele não decresce em sua valoração legal nominal.”⁸³ Trata-se de um reflexo da segurança jurídica a esses trabalhadores. O que supere o teto da categoria não está abarcado pela irredutibilidade.

Por fim, apesar de não ser um princípio arrolado entre os princípios do servidor público, é imperativo atentar também à *dignidade da pessoa humana*, princípio conformador de toda a ordem constitucional brasileira e, provavelmente, um dos princípios mais exaltados pela Constituição brasileira de 1988, pois atua enquanto norte da República.

O homem, em sua dignidade, apresenta três dimensões: como pessoa, como cidadão e como trabalhador.⁸⁴ Nesses três aspectos deve a Administração garantir a dignidade do servidor público, com evidente e necessária ênfase no que diz respeito à condição de trabalhador. E assim, respeitando-se o servidor público enquanto pessoa, cidadão e trabalhador, tem-se o pleno respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana no que diz respeito a esse sujeito, fazendo valer a Constituição – ao menos em relação a ele, servidor.

Conclui-se, assim, que a figura do servidor público está conformada na lógica da constitucionalização do direito administrativo, sendo sujeito de direitos (e deveres), ainda que na essência seu vínculo jurídico com o Estado seja firmado de maneira (praticamente) unilateral – maneira esta com a qual evidentemente não se concorda, pois não é compatível com o modelo de Administração que se apresenta atualmente que não haja qualquer forma de diálogo entre ela e seus trabalhadores. Isso porque o vínculo não está engessado, pois sofre alterações temporais e

⁸¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*. p.330-332.

⁸² Art. 37, XV - o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto nos incisos XI e XIV deste artigo e nos arts. 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 10.11.2012.

⁸³ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*. p.334.

⁸⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *A estabilidade do ato administrativo criador de direitos à luz dos princípios da moralidade, da segurança jurídica e da boa-fé*. p.292.

espaciais na medida em que a sociedade também se transforma. Na sequência do presente estudo, serão abordadas algumas dessas transformações.

1.3. Tratados Internacionais de Direitos Humanos e seu impacto no Direito Administrativo

Foi com a Carta de São Francisco, em 1945, e a consequente constituição da Organização das Nações Unidas, que os países de todo o mundo passaram a atentar-se para a necessidade de tutela internacional dos direitos humanos. Isso se deu em resposta à barbárie ocorrida ao longo de toda a Segunda Guerra Mundial, abrindo os olhos dos Estados para a urgência na criação de um sistema que viesse a dar efetividade a esses direitos, de forma que atrocidades como as vivenciadas entre os anos de 1939 a 1945 não mais se repetissem ou fossem toleradas.

A ONU acabou vinculando os temas de manutenção da paz e segurança internacionais à questão da preservação dos direitos humanos. A ideia central era a de que caso o tema, os direitos humanos, não fosse de competência exclusiva dos Estados, mas sim de uma ordem internacional, seria possível que a barbárie tivesse sido evitada. Daí a necessidade não apenas de uma ordem interna garantidora, mas também uma ordem externa conformadora e limitadora dos poderes do Estado e do governo de forma a coibir abusos que ultrapassem as garantias fundamentais de seus cidadãos.

Assim, a missão precípua da ONU, determinada em sua fundação, foi a de “favorecer, desenvolver e encorajar o respeito aos direitos humanos no âmbito de seus órgãos originários, e também com competências para criar órgãos subsidiários específicos para lidar com a temática da proteção dos direitos humanos”.⁸⁵ A Carta de São Francisco definiu o conteúdo de proteção desses direitos humanos ou suas garantias, de forma que isso coube à Assembleia Geral, através da Comissão de Direitos Humanos e de outras organizações internacionais, a exemplo da Organização Internacional do Trabalho.

⁸⁵ RAMINA, Larissa. *Direito internacional dos direitos humanos e seus reflexos no direito administrativo: breves apontamentos*. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental: Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo*. p.335.

Essa cadeia de proteção dos direitos humanos que começa a se formar a partir da segunda metade do século XX toma como principais fontes de direito internacional justamente essas organizações, com o fim precípua de tutelar aquilo que haveria de mais relevante a todos os Estados, a dignidade humana.

Importa aqui dar mais atenção justamente à Organização Internacional do Trabalho⁸⁶. A OIT foi criada antes da ONU, ao fim da Primeira Guerra Mundial, por meio da Conferência da Paz em 1919. Era parte da Sociedade das Nações. Sua constituição converteu-se na parte XIII do Tratado de Versalhes. O surgimento da OIT dá-se em decorrência da necessidade percebida pelos Estados de se incluir no avanço dos direitos tanto trabalhadores como empregadores. A temática da justiça social foi trazida à OIT pela Declaração da Filadélfia, de 1944, passando a dar atenção à liberdade e dignidade. Após a criação da ONU, a OIT então passa a fazer parte dela e firma-se como pessoa jurídica de direito público no ano de 1946.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, datada de 1948, vem nesse sentido de “formalização dos direitos fundamentais no plano internacional”⁸⁷. Apesar das críticas passíveis de serem feitas a esse tratado, por adotar apenas a lógica ocidental daquilo que se entende como direitos humanos, é inegável a importância enquanto marco jurídico que a Declaração assumiu por estabelecer os direitos humanos no plano internacional, não mais apenas em Constituições de cada país, para evitar a violação destes.

Nesse contexto de direito internacional global que, como dito, foi sendo construído a partir do fim da Segunda Guerra e da criação da ONU, em que os tratados internacionais, especialmente os de direitos humanos, assumem importância elevada, é imperativo que os Estados deem a estes dispositivos a atenção que merecem. Deve acontecer não apenas a incorporação dos mesmos à legislação nacional, como também a revogação daquilo que se mantenha em contrário (e, por consequência, que continue perpetuando a violação a direitos humanos) e o respeito ao que é pactuado. Passa-se a ter, então, a construção dos direitos fundamentais internacionais, que se pretendem (não uma pretensão vazia ou má, mas uma pretensão extensiva) comuns a todas as nações. Ocorre o processo de humanização do direito internacional.

⁸⁶ A Convenção n. 151 da OIT tem a previsão do direito do servidor público à negociação coletiva o Brasil é signatário de tal tratado, daí a importância da organização ao presente estudo.

⁸⁷ SANTOS NETO, João Antunes dos. *O impacto dos direitos humanos fundamentais no direito administrativo*. p.337.

O direito internacional sofre uma transformação. Do modelo tradicional do início do século XX sem limites ao voluntarismo estatal, admitindo tratados desiguais, uso de força armada, existência de colônias e zonas de influência, enfim, uma ordem claramente injusta, ele passa a ser um direito de emancipação do ser humano, para além da mera solução de conflitos de guerra. Os direitos da pessoa humana colocam-se como base de reestruturação desse direito internacional a partir da metade do século XX.⁸⁸

Com a vinda da Constituição de 1988, o Brasil se vê frente a esses desafios, não apenas por conta do cenário global, mas também muito em face dos longos anos de Ditadura Militar, em que sabidamente foram desrespeitados os direitos humanos. O extenso rol de direitos e garantias fundamentais estabelecido ao longo dos incisos do art. 5º da Constituição de 1988, e ainda todos os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais do art. 7º, refletem a rede de proteção desses direitos e a tentativa de reafirmação de cada um deles, símbolo da preocupação do constituinte. E ao fim dessa grande relação do art. 5º ainda há a previsão dos §§ 2º e 3º⁸⁹, que determinam que tratados internacionais, princípios e o próprio regime podem vir a acrescer a lista de direitos e garantias fundamentais.

Além disso, a Constituição seguiu o contexto internacional “marcadamente humanizante e protetivo”, dando especial relevância à dignidade da pessoa humana ao colocá-la como fundamento do Estado Democrático de Direito que ali se constituía, em seu art. 1º, III. A prevalência dos direitos humanos, da mesma forma, tem papel fundamental na Carta de Direitos, na medida em que é princípio regente das relações internacionais do Estado brasileiro, assim definida pelo art. 4º, II, da Carta.⁹⁰

⁸⁸ RAMINA, Larissa. *Direito internacional dos direitos humanos e seus reflexos no direito administrativo: breves apontamentos*. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. GABARDO, Emerson. HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental*. p.332.

⁸⁹ § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 10.11.2012.

⁹⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O novo 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia*. In: Jornadas de Direito Internacional Público do Itamaraty, 2005, Brasília. *Desafios do Direito Internacional Contemporâneo*. p.380.

Cabe a breve diferenciação entre o que seriam os direitos humanos e os direitos fundamentais, que trazem noções similares e comumente são utilizados enquanto sinônimos – inclusive no presente estudo –, pois trazem carga semelhante de proteção da dignidade humana. Os direitos humanos são aqueles que objetivam assegurar direitos, garantias e liberdades, em todos os sentidos da dignidade, na esfera internacional. São aqueles pactuados em tratados e convenções internacionais. Já os direitos fundamentais possuem a mesma carga valorativa, com a diferença de que estão inseridos no ordenamento jurídico pátrio. Normalmente, consideram-se direitos fundamentais aqueles que estão positivados na Constituição (e não apenas no Título II, que trata justamente dos direitos e garantias fundamentais) – o que é verdade –, mas não são apenas estes. Os próprios direitos humanos podem vir a ser direitos fundamentais, uma vez que sejam incorporados ao direito nacional.

A Constituição não estabeleceu originalmente de que forma seriam incorporadas ao ordenamento jurídico pátrio as normas de direito internacional. Coube ao Legislativo efetuar tal disposição. Na busca por maior efetividade na tutela dos direitos humanos, a Emenda Constitucional n. 45 de 2004 acrescentou então na redação do art. 5º da Constituição a determinação de que tratados e convenções internacionais que versassem sobre a proteção dos direitos humanos e obtivessem aprovação qualificada, ou seja, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, seriam equivalentes às emendas constitucionais. Parece ser um grande avanço o de considerar formalmente constitucionais esses tratados quando tenham a chancela do Congresso, mas para alguns autores não é o suficiente. Ao fim, não foi verdadeiramente um avanço.

Valério Mazzuoli defende que o dito § 3º do art. 5º da Carta acaba causando problemas interpretativos, uma vez que a ratificação de tratados internacionais de direitos humanos já ensejaria que fossem tratados como normas materialmente constitucionais (evidentemente que assim o seria a partir do momento em que comesçassem a gerar efeitos em esfera internacional, mediante número mínimo de assinaturas ou quaisquer outras disposições preliminares a isso). Ele entende que o parágrafo anterior, o 2º, é uma cláusula aberta e permite que estes acordos internacionais sejam vistos enquanto normas de mesmo “grau hierárquico que as normas constitucionais”. A redação dada ao § 3º, segundo o autor, demonstra uma

falta de compreensão do legislador ordinário em relação às normas de direito internacional e direitos humanos, além de ser marcada pela ultrapassada noção de “soberania absoluta”. Assim, o parágrafo em questão serviria exclusivamente para atribuição do status formal de norma constitucional a tais tratados, não impedindo que sejam vistos como materialmente constitucionais, inclusive não impedindo a aplicação imediata de tais normas pelo intérprete (Judiciário ou Administração).⁹¹

Flávia Piovesan defende também que, uma vez assinados esses tratados, já seriam materialmente constitucionais, devido ao seu conteúdo de proteção. Ela acredita que a própria disposição constitucional dos dois primeiros parágrafos do art. 5º, já mencionados, assegura desde logo a hierarquia constitucional das normas de pactos internacionais garantidores de direitos humanos, ainda que não passem pelo procedimento formal. Defende ainda que deve haver a prevalência da norma mais favorável e que tal interpretação está em conformidade com o ordenamento jurídico pátrio, seja em relação à sua racionalidade ou princípios, além de prestigiar o valor da dignidade humana. É o caráter especial de tutela de direitos humanos que justifica a posição do tratado enquanto norma constitucional. E assim, o sistema brasileiro seria um sistema misto em relação aos tratados internacionais, dando um tratamento àqueles que se prestam à tutela dos direitos humanos e outro tratamento aos demais, tidos como norma infraconstitucional.⁹²

Piovesan entende que há hierarquia constitucional da norma instituída por tratado internacional de direitos humanos por mera interpretação do art. 5º, §2º, da Constituição de 1988. A autora pontua que mais acertado seria se a redação do §3º do art. 5º seguisse a lógica da Constituição argentina e defendesse “a hierarquia formalmente constitucional de todos os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados”. Isso é defendido uma vez que a hermenêutica emancipatória dos direitos aponta para uma lógica material, orientada por valores e sendo o valor fundamental o da dignidade humana.⁹³

⁹¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O novo 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia*. In: Jornadas de Direito Internacional Público do Itamaraty, 2005, Brasília. *Desafios do Direito Internacional Contemporâneo*. p.379-412.

⁹² PIOVESAN, Flávia. *Tratados Internacionais de proteção dos Direitos Humanos: jurisprudência do STF*. In: *Revista Jurídica Themis*. Edição Especial Semana Acadêmica do CAHS – *Direitos Fundamentais e a Dogmática Jurídica Crítica*. p.113.

⁹³ PIOVESAN, Flávia. *Tratados Internacionais de proteção dos Direitos Humanos: jurisprudência do STF*. In: *Revista Jurídica Themis*. Edição Especial Semana Acadêmica do CAHS – *Direitos Fundamentais e a Dogmática Jurídica Crítica*. p.116.

Independentemente de qual seja a noção que se tome quanto ao tema – embora pareça mais adequado que se veja os direitos humanos tutelados no tratado internacional ratificado pelo Brasil como direitos materialmente constitucionais –, o que importa é o reconhecimento de como o ordenamento passa a se abrir a esse novo “ordenamento internacional” que se forma e passa também a ser por ele conformado. Nesse sentido, o direito administrativo também é atingido. O foco do direito internacional se coloca nas relações entre particulares e entre estes e o Estado, de forma que ele atinge tanto a população quanto o aparelho político – daí a sua originalidade. “O direito estatal, incluindo o direito administrativo, por isso, sente o impacto direto das normas internacionais de proteção dos direitos humanos”.⁹⁴

Já o foco do direito administrativo, seja por conta dos emergentes direitos humanos ou mesmo pelos princípios constitucionais tão reafirmados ao longo da Carta Magna, passa a ser sem dúvida alguma a dignidade humana. Em sendo seu fundamento jurídico (e também o seu limite) o interesse público, cabe a tentativa de adequação entre ambos os princípios, na busca por garantir que ambos sejam respeitados pela Administração. Mas é certo, no entanto, a noção fluida daquilo que é o interesse público, conforme já foi exposto anteriormente. A aproximação entre direito administrativo e direito internacional se dá, segundo Ramina com o centro “na ideia de universalidade dos direitos da pessoa humana e consagração do princípio democrático”. A autora acredita ainda que o Estado deve direcionar sua organização administrativa no sentido de efetivar a realização da dignidade humana e dos direitos dos particulares, pois a Administração é instrumental ao sistema de direitos.⁹⁵

Pablo Angel Gutiérrez Colantuono⁹⁶, que defende que a proteção dos direitos humanos se dá por conta do reconhecimento de que há certos “atributos” invioláveis dos sujeitos, afirma que “la administración pública es una de las personas obligadas

⁹⁴ RAMINA, Larissa. *Direito internacional dos direitos humanos e seus reflexos no direito administrativo: breves apontamentos*. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. GABARDO, Emerson. HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental*. p.336.

⁹⁵ RAMINA, Larissa. *Direito internacional dos direitos humanos e seus reflexos no direito administrativo: breves apontamentos*. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. GABARDO, Emerson. HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental*. p.339.

⁹⁶ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Angel. *Democracia, Derechos Humanos y Administración Pública*. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. GABARDO, Emerson. HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental*. p.299-307.

por los pactos internacionales que regulan los derechos humanos a dar cumplimiento a tal mandato”.

É importante pontuar a questão do Pacto de San José da Costa Rica⁹⁷, do qual o Brasil é signatário, que em seu art. 1.1 determina o *dever* dos Estados assinantes em organizarem sua Administração Pública (suas estruturas, o aparato estatal e governamental) de forma a assegurar o livre e pleno exercício dos direitos humanos. Pela sistemática da convenção, há uma responsabilidade do Estado em materia de direitos humanos. “Esa condición de sujeto obligado a materializar en su ámbito de actuación los principios, garantías, derechos y deberes del Pacto de San José, obliga sin dudas a nuevos planteamientos de la actividad administrativa en general.”⁹⁸ Não é apenas a norma jurídica que deve voltar-se a assegurar os direitos humanos e fundamentais, mas também o aparato da Administração, pois é ele que faz a mediação entre esta e o cidadão.

“El desafío del derecho administrativo es, por estos tiempos, justamente el de rediseñar sus instituciones con el fin de hacerlas efectivas en términos de preservación de la dignidad del hombre.” A ação estatal deve tomar como princípio a tutela efetiva dos direitos humanos, sendo um dever juridicamente exigível da Administração “*asegurar en todas sus actuaciones la posibilidad real, concreta, y sin excepciones de goce efectivo de los derechos fundamentales de la persona, en forma expedita*”.⁹⁹

A análise que se faz é que a Administração é atravessada pelos princípios constitucionais internos, com o fenômeno da constitucionalização, que toma como ponto central a dignidade da pessoa humana, e é também permeada pelo direito internacional, cujo foco está centrado nos direitos humanos – e na dignidade do homem, em geral – e em sua tutela efetiva, de forma que em nada diferem entre si tais situações do ponto de vista da proteção da pessoa em todas as suas dimensões, na garantia de seus direitos em plenitude. E, ao tomar-se como base a

⁹⁷ Disponível em <http://www.aidpbrasil.org.br/arquivos/anexos/conv_idh.pdf>. Acesso em 10.11.2012.

⁹⁸ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Angel. *Democracia, Derechos Humanos y Administración Pública*. . In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. GABARDO, Emerson. HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental*. p.301.

⁹⁹ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Angel. *Democracia, Derechos Humanos y Administración Pública*. . In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. GABARDO, Emerson. HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental*. p.305.

teoria de Piovesan e de Mazzuoli, nem mesmo em hierarquia de norma há diferenciações nesse caso, formando sim uma rede constitucional de garantia dos direitos humanos assegurados tanto por normas internas quanto por normas internacionais.

O direito e a atuação do Estado serão justos quando tenham como princípio basilar a dignidade da pessoa humana. E isso é válido também para o direito administrativo, de forma que ele não está desligado do direito internacional – deve, em verdade, buscar efetivá-lo. Mesmo porque a atual noção da proteção internacional dos direitos humanos é amplamente consagrada e defendida na Constituição, caminhando para um fim comum. Nas palavras de Gutiérrez Colantuono, a Administração atual precisa ser uma “nova Administração”, uma vez que são novos tempos, e suas competências devem ser dirigidas a concretizar, de forma igualitária e em perspectiva tanto individual como social, a dignidade e liberdade do homem.¹⁰⁰

¹⁰⁰ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Angel. *Democracia, Derechos Humanos y Administración Pública*. . In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. GABARDO, Emerson. HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas*novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental. p.307.

CAPÍTULO II – DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS DOS SERVIDORES PÚBLICOS DE NATUREZA COLETIVA

Antes de adentrar-se propriamente nas temáticas da sindicalização, da greve e da negociação coletiva dos servidores, faz-se necessário estabelecer porque são estes direitos *fundamentais, sociais e coletivos*. Será feita, assim, a “decomposição” do conceito, de forma a analisar cada uma de suas características.

Inicia-se pelo fato de serem *fundamentais*. Na conceituação defendida por José Afonso da Silva, são direitos fundamentais aqueles que, no ordenamento jurídico, “assumiram o caráter concreto de *normas positivas constitucionais*”. Em verdade, são “situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana”. Como definido constitucionalmente, têm aplicação imediata (art. 5º, § 1º da Constituição), mas podem vir a necessitar de lei posterior por disposição da própria Constituição e, normalmente, são de eficácia contida, tendo efeitos até que venha lei posterior que os regulamente.¹⁰¹

Hachem defende que a importância atribuída aos direitos fundamentais “justifica-se pelo fato de representarem o conjunto de valores ou decisões axiológicas básicas de uma sociedade, revestidas da máxima normatividade de que gozam as disposições constitucionais”, de forma que têm “eficácia dirigente sobre todos os órgãos do Poder Público”.¹⁰²

Evidentemente que as normas cujo status seja constitucional e que se prestem à defesa de direitos humanos, tais como as de tratados internacionais dessa natureza, englobarão também o rol de direitos fundamentais, ainda que não estejam escritas no texto da Lei Fundamental. Isso porque a Constituição definiu cláusula aberta no § 2º do art. 5º, permitindo que assim o fosse, compondo o “bloco de constitucionalidade”¹⁰³.

São também direitos *sociais*, que podem também ser chamados de “direitos a prestações”, como o faz José Carlos Vieira de Andrade¹⁰⁴. A disciplina da ordem

¹⁰¹ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. p.179-180.

¹⁰² HACHEM, Daniel Wunder. *Mandado de Injunção e Direitos Fundamentais*. p.41.

¹⁰³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. p.55.

¹⁰⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. p.67.

social passou a ser tutelada pelas constituições a partir de 1917, com a Constituição mexicana. Posteriormente, em 1919, a Constituição de Weimar também cuidou dessa ordem de direitos e veio, inclusive, a influenciar a Constituição brasileira de 1934 – direitos estes que se mantêm no ordenamento jurídico brasileiro até hoje. Assim, os direitos sociais abrem possibilidade para que o jurista defina aquilo que conforma seu conteúdo e eles “disciplinam situações subjetivas pessoais ou grupais de caráter concreto”.¹⁰⁵

Note-se que os direitos sociais do trabalhador trazidos na Constituição de 1934 foram uma mudança nas garantias desses sujeitos, o que não significa que antes não houvesse qualquer regulação na relação entre trabalhador e empregador, mas era feita apenas pelos empresários. “Evidentemente não se tratava de um vazio normativo (normas existiam e, como se sabe, eram bastante severas) nem de ausência do Estado nas relações de produção”, como disse Ramos Filho. A atuação estatal resumia-se à repressão de tentativas de revolta dos trabalhadores, protegendo os interesses das classes dominantes. O avanço apresentado com a preocupação crescente com os direitos sociais representou uma mudança na lógica de proteção do trabalhador e mesmo certa mudança em torno de quais interesses o Estado deveria concentrar-se. E, evidentemente, tal avanço sofreu resistência do empresariado brasileiro, mas pouco a pouco foram ganhando força os movimentos dos trabalhadores e os direitos sociais foram solidificando-se no direito brasileiro. Nas palavras do autor, “cedendo os anéis para não perder os dedos”.¹⁰⁶

Andrade entende que os direitos sociais são “direitos que impõem tarefas, que pressupõem e necessitam uma definição ulterior, são direitos sob condição; são, ao mesmo tempo, da perspectiva do Estado, deveres de concretização, de acção que permita a sua existência concreta”, no que diferem dos direitos de liberdade, que pressupõem apenas a prestação negativa (não interferência). Eles tutelam também os direitos dos trabalhadores. Há a necessidade de uma atuação estatal para o pleno exercício dos direitos sociais, um dever de agir, podendo ser essa atuação exercida por meio de uma lei, um ato administrativo ou outra forma de conduta.¹⁰⁷ José Afonso da Silva assevera que esses direitos são prestações

¹⁰⁵ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. p.285-286.

¹⁰⁶ RAMOS FILHO, Wilson. *Direito Capitalista do Trabalho*. História, mitos e perspectivas no Brasil. p.49-52.

¹⁰⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. p.67.

positivas, podendo ser propiciadas direta ou indiretamente pelo Estado, com o objetivo precípua de garantir melhores condições, criando “condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade”.¹⁰⁸ O dever de agir muitas vezes vai traduzir-se em um dever de legislar, de forma que o Legislativo estará obrigado à concretização desses direitos, da mesma forma.¹⁰⁹

Necessário que se diga que a Constituição da República estabelece um capítulo próprio à tutela dos direitos sociais, o Capítulo II (Dos Direitos Sociais) do Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais. O art. 6º da Lei Fundamental determina os objetos de proteção: “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”¹¹⁰ Note-se que o constituinte entendeu por bem que os direitos sociais são direitos fundamentais – e não poderia ser diferente, uma vez que esses direitos prestam-se, justamente, à tentativa de garantir a plena dignidade humana. Estando positivados no texto da Lei Maior, são direitos fundamentais, indubitavelmente.

Por fim, são direitos *coletivos* porque dependem da inserção em um grupo social para seu pleno gozo. Estão positivados constitucionalmente também no Título II. José Afonso da Silva entende que nem todos os direitos assim entendidos são propriamente direitos coletivos, sendo alguns deles “direitos individuais de expressão coletiva, como as liberdades de reunião e de associação”.¹¹¹

Assim, entende-se que sindicalização, greve e negociação coletiva são direitos *fundamentais* – pois positivados na Constituição e garantidos por normas de status constitucional, como os tratados internacionais de direitos humanos –, *sociais* – uma vez que dependem de prestações positivas tanto legalmente quanto por meio de atos administrativos (em especial a negociação), além de serem evidentemente direitos dos trabalhadores – e *coletivos* – uma vez que não podem ser exercidos individualmente, dependem necessariamente de um grupo, da coletividade de sujeitos em mesmas condições.

¹⁰⁸ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. p.286-287.

¹⁰⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. p.248.

¹¹⁰ Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 10.11.2012.

¹¹¹ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. p.195.

2.1. Sindicalização

A fundação dos sindicatos, historicamente, veio acompanhada das conquistas de direitos sociais dos séculos XIX e XX. A Revolução Industrial trouxe a necessidade de uma nova forma de organização daqueles que serviam de mão de obra às indústrias emergentes, sujeitos que se viram em uma nova realidade, uma sociedade diferente da qual estavam acostumados. Os que conseguiam conquistar e manter postos de trabalho em fábricas eram poucos privilégios, apenas os “afortunados e fortes”¹¹² alcançavam tal façanha.

Os sindicatos começam a se formar da necessidade dessas pessoas e da inércia do Estado, que não intervinha no sentido de proteger os trabalhadores. Estes notaram que deveriam concentrar seus interesses para que eles fossem protegidos e assim, com o “desinteresse do Estado, aliado a um sentimento de miséria e injustiça”¹¹³, começa a ocorrer a união dos trabalhadores, a partir da tomada de consciência de que individualmente eles não seriam capazes de vencer as dificuldades que se apresentavam. Os próprios trabalhadores começaram a buscar essas associações com o objetivo de união para o fim comum de melhoria nas condições de trabalho. Isso porque “essas massas, sem as quais o progresso não era possível, sentiam que não lhes fora reservado um lugar na estrutura social individualista”, o que, em conjunto com o sofrimento gerado pelo próprio trabalho e pelas crises econômicas, conformou o quadro sociológico em que se formaram os sindicatos.¹¹⁴

As organizações dos trabalhadores sofreram opressões por parte do Estado, já que não parecia interessante permitir que os operários tivessem força. França e Inglaterra (primeiros países que viram surgir essas entidades, em razão justamente do surgimento das indústrias) passaram por processos legislativos de proibição das associações sindicais, que foram consideradas delitivas. Na França, era necessária autorização para a formação de uma associação com mais de vinte membros, na tentativa não apenas de controle de organizações existentes, mas principalmente de impedir que elas fossem criadas. As associações passaram a se desenvolver secretamente, com os objetivos de angariar fundos de reserva dos operários para

¹¹² HASSON, Roland. *Sindicalização dos Servidores Públicos*. Aspectos da Constituição de 1988. p.7.

¹¹³ HASSON, Roland. *Sindicalização dos Servidores Públicos*. Aspectos da Constituição de 1988. p.7.

¹¹⁴ GOMES & GOTTSCHALD. *Curso de Direito do Trabalho*. p. 473-474. *Apud*: HASSON, Roland. *Sindicalização dos Servidores Públicos*. Aspectos da Constituição de 1988. p.8.

“preveni-los do desemprego, doenças ou outros imprevistos”¹¹⁵. Notam-se, assim, as preocupações centrais desses trabalhadores que, desamparados, apoiavam-se mutuamente contra fatalidades decorrentes do trabalho inseguro que desempenhavam, como a possibilidade de serem demitidos, de sofrerem com as crises econômicas ou de serem acometidos de enfermidades.

Posteriormente, tanto França quanto Inglaterra começaram a admitir, ou tolerar, os sindicatos. Os trabalhadores ingleses têm suas associações profissionais permitidas em 1824 e em 1871 há o reconhecimento legal. Na França, em 1864 deixaram de ser punidas as coalizões.¹¹⁶ A atuação dos sindicatos cresceu e consolidou-se em especial com o advento das Internacionais e das obras de Marx e Engels¹¹⁷.

Em 1919, na Conferência Internacional do Trabalho, o comparecimento de delegações de trabalhadores foi em número ainda muito baixo, apenas 25; já em 1983, o número passa para 130 delegações, um aumento significativo e gradativo. Pouco a pouco, ocorreu o que Cármen Lúcia Antunes Rocha chamou de “universalização irreversível do processo de organização sindical, a dominar o cenário do trabalho em todo o mundo”¹¹⁸. Os trabalhadores aglutinam-se em torno dessas organizações profissionais com o objetivo de alcançar melhores condições.

Em relação ao Brasil, desde as primeiras legislações imperiais já foi permitido o direito de associação entre indivíduos para o prosseguimento de fins lícitos. A Constituição de 1824 trazia tal previsão e a legislação infraconstitucional admitiu a associação profissional em 1830, em consonância com a disposição constitucional.

Ramos Filho defende a existência de quatro fases do movimento sindical brasileiro. A primeira seria a *embrionária*, que ele considera a ocorrida entre os anos de 1853 e 1901, quando se formaram as primeiras associações de cooperação entre os trabalhadores. Posteriormente, vem a *fase de transição*, marcada pela existência concomitante de ligas operárias e sociedades de resistência, nos anos de 1901 a 1906. A terceira fase inicia-se com o Primeiro Congresso Operário Brasileiro, em 1906, em especial com a deliberação de concepção dos “sindicatos como

¹¹⁵ HASSON, Roland. *Sindicalização dos Servidores Públicos*. Aspectos da Constituição de 1988. p.10.

¹¹⁶ HASSON, Roland. *Sindicalização dos Servidores Públicos*. Aspectos da Constituição de 1988. p.12.

¹¹⁷ Sobre o tema: HASSON, Roland. *Sindicalização dos Servidores Públicos*. Aspectos da Constituição de 1988. p. 12-14.

¹¹⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*. p.340.

organizações de resistência” dos trabalhadores. A última fase, por sua vez, é a do *sindicalismo ministerial*, iniciada em 1930, havendo então a “exigência de reconhecimento estatal para o exercício das prerrogativas sindicais então estabelecidas”.¹¹⁹

Os sindicatos e associações profissionais assim estabelecidos só vieram a ter o devido reconhecimento expresso no texto constitucional de 1934 e assim permaneceram até 1988.¹²⁰

Ainda que houvesse a permissão constitucional de liberdade de associação, os sindicatos demoraram a serem fundados no Brasil. Isso porque a sociedade brasileira ainda contava com mão de obra escrava e com poucas indústrias que se utilizavam de mão de obra assalariada, persistindo ainda em maior escala o trabalho servil. Daí a dificuldade em haver organização de trabalhadores, pois estes estavam desconcentrados e eram poucos e as organizações dos escravos eram bastante vigiadas pela polícia, acabando por dissociá-las ou jogá-las à clandestinidade.

Com a abolição da escravidão e o aumento contínuo da necessidade de mão de obra remunerada (tanto em virtude do fim do trabalho escravo como por conta da indústria que começa a se instalar com mais força), e isso em conjunto com o contingente de estrangeiros que imigram para o país, aparecem os contornos daquilo que vieram a ser as organizações profissionais no Brasil. Inclusive, interessante é a constatação de que os primeiros sindicatos que se formaram, a exemplo dos trabalhadores dos portos ou ligados à colheita de café, eram em sua maioria negros (que haviam acabado de conquistar a liberdade), que passam então a compor novo grupo, de trabalhadores livres, integrando também essas lutas.¹²¹

É nesse contexto social que classe operária e sindicatos passam a se formar ao longo da República Velha, pois é o período que define a própria classe trabalhadora. Cidades como São Paulo e Rio de Janeiro começam a receber um maior número de fábricas, nas quais as condições de trabalho eram péssimas e aguçadas por jornadas de trabalho longas, constantes acidentes, fiscalização violenta, utilização de mão de obra infantil.¹²² Além disso, a mão de obra relacionada ao cultivo do café sofre uma grande ampliação, um dos atrativos aos estrangeiros

¹¹⁹ RAMOS FILHO, Wilson. *Direito Capitalista do Trabalho*. História, mitos e perspectivas no Brasil. p.37.

¹²⁰ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*. p.340.

¹²¹ MATOS, Marcelo Badaró. *Trabalhadores e sindicatos no Brasil*. p.25.

¹²² MATOS, Marcelo Badaró. *Trabalhadores e sindicatos no Brasil*. p.33-59.

que vieram trabalhar no Brasil. Estes eram vistos como sujeitos mais proativos ao trabalho, de forma que eram preferidos em detrimento aos brasileiros. A formação dos primeiros sindicatos contou com uma maioria de estrangeiros e com certa relutância dos brasileiros em associar-se.¹²³

A consolidação dessas lutas aparece nos anos seguintes – há o ingresso do Brasil na OIT em 1919, edição da “Lei dos Sindicatos” (Decreto nº 19.770/31), reconhecimento constitucional dos sindicatos em 1934, a mudança do eixo econômico do país. Além disso, Vargas era o presidente e, sob o argumento de que queria proteger os trabalhadores, os trouxe para dentro do aparelho estatal como forma de controlá-los.¹²⁴ A CLT já permitia a associação dos trabalhadores a sindicatos desde 1943, com previsão no art. 511¹²⁵, que abarcava tanto empregadores quanto empregados – e assim permanece até hoje.

Com o fim do primeiro governo de Vargas, os sindicatos e os movimentos operários haviam passado por um processo de crescimento, mas em verdade estavam “calados” pela estrutura que os conformava. Dutra, quando assume, toma medidas de controle dos sindicatos, tais como a proibição às greves. A Constituição de 1946 não apresentou novidades quanto a essas associações, sendo permitidas as organizações profissionais. Já com o segundo governo de Vargas, o número de trabalhadores em fábricas e indústrias era muito maior, assim como o era a força dos sindicatos e sua função política. Ao longo da presidência de Kubitschek, há um desgaste na relação entre os sindicatos e o governo e, quando João Goulart assume, após a questão política complexa envolvendo Jânio Quadros, o Brasil já passava por manifestações sensíveis dos trabalhadores organizados, tanto nas indústrias como no campo.¹²⁶

O Golpe de 1964 praticamente retira desses trabalhadores a liberdade de atuação sindical (bem como o direito de greve). “Os sindicatos, a partir daí, foram

¹²³ HASSON, Roland. *Sindicalização dos Servidores Públicos*. Aspectos da Constituição de 1988. p.29.

¹²⁴ ANTUNES, Ricardo. *O que é o sindicalismo*. p. 58. Apud: HASSON, Roland. *Sindicalização dos Servidores Públicos*. Aspectos da Constituição de 1988. p.38.

¹²⁵ Art. 511. É lícita a associação para fins de estudo, defesa e coordenação dos seus interesses econômicos ou profissionais de todos os que, como empregadores, empregados, agentes ou trabalhadores autônomos ou profissionais liberais exerçam, respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividades ou profissões similares ou conexas.

Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em 10.11.2012.

¹²⁶ HASSON, Roland. *Sindicalização dos Servidores Públicos*. Aspectos da Constituição de 1988. p.36-56.

considerados agentes de instabilidade política”¹²⁷, de forma que a repressão os atingiu de forma dura, inclusive com a prisão de líderes sindicais como forma de abafar o movimento. Houve resistência dos trabalhadores – principalmente com movimentos paredistas. O Sindicato dos Metalúrgicos do ABC paulista é de grande importância nesse período (anos 1970), além de ser fonte de grandes mobilizações operárias. Dele decorreu a criação do Partido dos Trabalhadores e a ascensão política de dirigentes sindicais, dando mais força à luta. Em 1983 ocorre a criação da Central Única dos Trabalhadores (CUT) e da Coordenação Nacional das Classes Trabalhadoras (CONCLAT), sendo esta uma oposição àquela.¹²⁸

O retorno à democracia, em 1988, traz também o retorno à plena liberdade sindical (e política). Além de serem permitidos os sindicatos e, em especial, as manifestações desses trabalhadores, lhes foi dado o direito de escolher a qual categoria estariam enquadrados. Cabe a ressalva, entretanto, quando à unicidade sindical – apenas um sindicato de cada categoria pode, por disposição constitucional, tomar lugar em determinada localidade (base territorial) –, ou seja, há certa mitigação da liberdade sindical quanto aos trabalhadores da iniciativa privada, uma vez que em um mesmo município pode existir apenas um sindicato que represente determinada categoria. Isso está expresso no art. 8, inciso II¹²⁹.

Nas palavras de Ricardo Pereira, a conquista progressiva da liberdade sindical ampliou o espaço de atuação dos trabalhadores, o que consequentemente implicou na constrição do poder dos empregadores, ainda que na prática não se tenha exatamente esse resultado. “Lo que la valoración jurídica de la libertad sindical efectivamente pone de manifiesto es la tensión existente en las relaciones de trabajo, al permitir que los conflictos, en lugar de ocultos y reprimidos, puedan producirse y desplegarse naturalmente.”¹³⁰

O servidor público, no entanto, passou ao largo desse processo, não alcançando a liberdade sindical durante esses períodos, à exceção dos servidores

¹²⁷ HASSON, Roland. *Sindicalização dos Servidores Públicos*. Aspectos da Constituição de 1988. p.55.

¹²⁸ HASSON, Roland. *Sindicalização dos Servidores Públicos*. Aspectos da Constituição de 1988. p.58-60.

¹²⁹ Art. 8º, II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município; Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 10.11.2012.

¹³⁰ PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. *La Negociación Coletiva en la Función Pública*. Una aproximación constitucional. p.15.

de autarquias industriais (permissão dada pelo Decreto-Lei nº 7.889/45 e posteriormente revogada pelo Decreto-Lei nº 22/66), empregados de sociedades de economia mista (permissão com o Decreto-Lei nº 6.128/74), de fundações e da Caixa Econômica Federal (permissão dada pelas Leis nº 6.386/76 e 7.449/85, respectivamente).¹³¹

A CLT proibia de maneira expressa a sindicalização do servidor público em seu art. 566¹³². Esses trabalhadores públicos restaram impossibilitados de associarem-se profissionalmente em torno de sindicatos ao longo de toda a história republicana brasileira e assim permaneceram até recentemente. “Isso não impediu, no entanto, que os servidores públicos se organizassem, como forma de defender seus direitos e apresentar suas reivindicações, o que faziam através de associações profissionais, mas sem personalidade sindical”.¹³³

A Constituição de 1969 previu expressamente a proibição da greve desses trabalhadores públicos, o que não ocorreu com a sindicalização. No entanto, doutrina e jurisprudência concluíram que estaria também a sindicalização implicitamente proibida. Para Dallari, “tal entendimento era evidentemente equivocado, na medida em que fazia uma ligação necessária e inevitável entre o sindicato e a greve, como se a atividade sindical se resumisse à realização de greves”. Assim, permaneceram os servidores sem nenhum desses direitos. Ele ressalta que sempre houve resistência no ordenamento brasileiro em reconhecer os direitos de sindicalização e greve em relação aos servidores públicos.¹³⁴

A possibilidade de criação de sindicatos de servidores públicos foi inaugurada no processo constitucional brasileiro justamente com a Carta de Direitos de 1988, com o retorno do regime democrático. Isso porque “manteve-se, sempre, o sindicalismo como um movimento que, pelo profundo conteúdo político, econômico e social, entendeu-se bem manter distanciado e incompatível, juridicamente, com o regime de direito do servidor público”.¹³⁵ A opção era política e ideológica e justificava-se em princípios como o da hierarquia, da disciplina e de que a hipótese de sindicalização poderia confrontar-se com o interesse público. O art. 37, inciso

¹³¹ HASSON, Roland. *Sindicalização dos Servidores Públicos*. Aspectos da Constituição de 1988. p.70-71.

¹³² Art. 566 - Não podem sindicalizar-se os servidores do Estado e os das instituições paraestatais. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em 10.11.2012.

¹³³ BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. *A sindicalização no serviço público*. p.29.

¹³⁴ DALLARI, Adilson Abreu. *Regime constitucional dos servidores públicos*. p.144.

¹³⁵ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*. p.340.

VI¹³⁶, rompe com essa perspectiva e estabelece de forma expressa a garantia à liberdade sindical do servidor público. Essa liberdade, inclusive, veda que haja a necessidade de autorização da autoridade administrativa.¹³⁷

Em um primeiro momento, a relação Estado-servidor dá-se de forma autoritária e unilateral, muito afastada do direito, mas os traços autoritários reduzem-se com a aplicação do contrato de direito público na constituição da relação entre estes sujeitos, “pero salvaguardando los rasgos unilateral y orgánicos, trás el acto constructivo, respecto a la posición de subordinación del funcionario y supremacia del Estado”.¹³⁸

A sindicalização do servidor público pode dar-se tanto em relação à categoria em que esteja inserido quanto de forma mais geral, como, por exemplo, “servidores públicos da União”, isso para que seja possível englobar aqueles trabalhadores estatais que não tenham classificação profissional reconhecida legalmente. Note-se que a tentativa é de majoração do alcance dos sindicatos, de forma a englobar um maior número de sujeitos.

No entanto, a unicidade sindical não se impõe ao servidor público nos modelos conforme estabelece o art. 8º, inciso II, da Constituição Federal. Isso significa que em uma mesma base territorial, em um mesmo município, é possível existir mais de um sindicato de servidores públicos, estando eles divididos em relação a cada categoria, não havendo a necessidade de existir um único sindicato representativo de todos, como um “sindicato da categoria dos servidores públicos”. Exemplo seria a existência de um sindicato dos trabalhadores públicos da saúde, outro sindicato dos servidores do Ministério Público da União, um terceiro sindicato dos servidores públicos da Justiça Estadual, e assim por diante. Tal prerrogativa não corresponde a uma violação constitucional, uma vez que representa a liberdade sindical do servidor público (com a correspondência de um sindicato próprio de sua categoria) e também porque os sindicatos dos servidores públicos não estão previstos no mesmo capítulo em que a Constituição aborda a temática dos

¹³⁶ Art. 37, VI - é garantido ao servidor público civil o direito à livre associação sindical; Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 10.11.2012.

¹³⁷ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*. p.348.

¹³⁸ PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. *La Negociación Coletiva en la Función Pública*. p.40.

sindicatos da esfera privada, de forma que para alguns autores¹³⁹ tais limitações não seriam aplicadas de maneira geral às associações profissionais dos servidores¹⁴⁰.

Ainda, cabe pontuar que a liberdade sindical do servidor público diz respeito tanto à liberdade coletiva, no sentido de organizar-se em torno de um ente personificado, de uma organização profissional assim reconhecida, quanto individual, que é a escolha por sindicalizar-se ou não e mesmo de a qual entidade de classe quer vincular-se. Para o caso de existir apenas um sindicato da classe dos servidores públicos, há certa mitigação dessa liberdade, pois não haveria outra opção senão aquele órgão. A liberdade consistiria apenas na opção de estar ou não a ele vinculado.¹⁴¹

Importante frisar que o art. 8º da Constituição é integralmente aplicável ao servidor público, de forma que não importa o fato de ele falar em “empregado”, pois isso não retirará sua aplicabilidade. Ainda, não há como se conceber interferência estatal na organização e instalação sindical. Estas devem obedecer à lei, de forma que o registro no órgão competente deve ser feito. Não é necessária, no entanto, qualquer forma de autorização do ente governamental para a criação de um sindicato de servidores que lhe prestem serviço.

O direito internacional também se voltou à tutela dos direitos relativos à sindicalização dos trabalhadores, em especial no que diz respeito à Organização Internacional do Trabalho. A Convenção nº 87 da OIT¹⁴², de 1948, já previa a liberdade sindical tanto para trabalhadores do setor privado quanto do setor público, mas o Brasil não ratificou tal tratado. A Convenção nº 151¹⁴³, também da OIT, foi ratificada em 1978 e prevê a proteção do direito de sindicalização e procedimentos de determinação das condições de emprego dos servidores públicos perante a

¹³⁹ Sobre o tema, HASSON, Roland. *Sindicalização dos Servidores Públicos*. Aspectos da Constituição de 1988. p.70-78.

¹⁴⁰ Caberia a crítica em relação a tal argumento, por mais que se defenda a possibilidade de pluralidade de sindicatos de servidores públicos, pois, ainda que não estejam tutelados no mesmo capítulo da Carta Magna, os sindicatos de servidores públicos estão sujeitos à contribuição sindical compulsória, que da mesma forma foi prevista expressamente apenas no dito capítulo que aborda a sindicalização do trabalhador da iniciativa privada. O argumento de pluralidade pautado na localização constitucional da previsão de unicidade sindical é bastante falho. Acredita-se, por outro lado, que um único sindicato para todos os servidores (um sindicato da “categoria dos servidores públicos”) restaria não apenas insuficiente, mas principalmente seria inadequado e não lograria atentar-se às necessidades de uma pluralidade de servidores, que prestam serviços a diferentes órgãos estatais. A unicidade sindical, nesse caso, afastaria a adequada representatividade desses trabalhadores.

¹⁴¹ BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. *A sindicalização no serviço público*. p.34-35.

¹⁴² Disponível em <<http://www.oit.org.br/content/liberdade-sindical-e-prote%C3%A7%C3%A3o-ao-direito-de-sindicaliza%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em 10.11.2012.

¹⁴³ Disponível em <<http://www.oit.org.br/node/501>>. Acesso em 10.11.2012.

Administração, convenção esta que o Brasil não havia ratificado, nem incorporado ao ordenamento pátrio, mas assim o fez em 2010, por meio do Decreto Legislativo nº 206. É possível perceber que a legislação internacional avançou mais rapidamente do que a legislação pátria no que diz respeito à garantia de direitos aos servidores públicos. A OIT inclusive não vê empecilho em organizações sindicais que englobem tanto empregados do setor público quanto do setor privado, o que no caso brasileiro não é aplicável, já que o enquadramento sindical profissional ocorre em relação àquele que toma o serviço.

Um dado interessante quanto à sindicalização dos servidores públicos está no fato de que atualmente este setor tem, mundialmente, mais sujeitos sindicalizados do que a iniciativa privada. Isso se dá, em especial, por conta da estabilidade dos servidores em relação ao seu empregador, a Administração, e também pela impessoalidade que rege a relação de trabalho, favorecendo a possibilidade de vinculação à entidade de classe. Não pode o servidor ser beneficiado ou prejudicado por ser sindicalizado. “O relacionamento do servidor público com a administração deve ser medido, isso sim, pela sua conduta como servidor, abstraindo-se sua condição de sindicalizado ou não.”¹⁴⁴

Assim, pode-se perceber que o Brasil segue o mesmo trajeto dos demais países, com crescente aumento no número de servidores ligados aos sindicatos, uma demonstração da democratização do direito administrativo, que rompe com o “dogma” da hierarquia e se abre à garantia de direitos aos trabalhadores que lhe prestam serviços, mesmo que não ainda da forma esperada ou mais adequada (será visto adiante). Nota-se o esforço em reconhecer e efetivar direitos fundamentais além daqueles expostos no rol do art. 5º da Constituição, não apenas um esforço de caráter ideológico, mas principalmente de um Estado de Direito efetivo, garantidor de direitos a todos os cidadãos, que supera princípios tidos como “intangíveis”, tais como a hierarquia ou a supremacia do interesse público, em favor de uma visão mais ampla de sociedade. A possibilidade de existência de sindicatos dos servidores públicos demonstra um amadurecimento político e jurídico do país trazido pela Constituição de 1988, que não se afasta do caminho seguido pelo direito internacional, muito pelo contrário, caminham juntos.

¹⁴⁴ BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. *A sindicalização no serviço público*. p.36.

“O reconhecimento legal das organizações sindicais dos servidores públicos, da legitimidade que elas possuem para reivindicar pelos interesses coletivos daqueles que representam e da negociação coletiva como instrumento mais democrático”, além de configurar o método de maior adequabilidade ao que necessitam tanto Administração quanto empregador público na resolução de seus conflitos, é o que Araújo considera o “caminho apontado pelo desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, assim reconhecido pelos países de democracia consolidada e pela Comunidade Internacional, por meio da Organização Internacional do Trabalho”¹⁴⁵ – pontos que serão aprofundados a seguir.

2.2. Direito de greve

A greve, manifestação das reivindicações dos trabalhadores por aumento, criação ou manutenção de direitos, por melhoria nas condições de trabalho, é antiga no Brasil, remetendo às revoltas de escravos ao fim do regime escravocrata e aos movimentos de trabalhadores das cidades de muito antes da era industrial. Exemplos de registros dessas greves são as dos trabalhadores nas oficinas das Casas de Armas (1791), dos gráficos (1858) e dos ferroviários (1863) no Rio de Janeiro, dos pescadores (1815) no Recife, dos carregadores (1877) e dos padeiros (1877) em Santos. É notório como a greve há muito tempo é utilizada pelos trabalhadores brasileiros como forma de luta pela melhoria das condições de trabalho. E, a partir de 1880, as paralisações começam a ocorrer com mais frequência nas cidades “operárias” (em especial Rio de Janeiro, São Paulo e Recife).¹⁴⁶

Em seguida, as greves (do setor privado) fizeram-se presentes ao longo da República Velha, havendo inclusive uma paralisação geral de trabalhadores no ano de 1917. Ainda que houvesse um decreto de 1890 garantindo o direito de greve, havia um esforço dos governantes em impedir que ele fosse devidamente exercido. A própria Constituição brasileira de 1937 definia o movimento paredista como recurso antissocial, nocivo ao trabalho e ao capital, incompatível com os interesses produtivos do Estado e da economia.

¹⁴⁵ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Negociação Coletiva dos Servidores Públicos*. p.235.

¹⁴⁶ ROSSI, Waldemar; GERAB, William Jorge. *Para entender os sindicatos no Brasil: uma visão classista*. p.25.

Posteriormente, ainda, serviram as greves como instrumentos de pressão ao longo do Regime Militar, conforme brevemente retratado anteriormente, com paralisações de grande escala, em especial no interior do estado de São Paulo. Os movimentos grevistas de 1978 e 1979 são emblemáticos pelo número de trabalhadores envolvidos (em especial pelo período de repressão política em que se vivia no país), contando com 30 mil e 100 mil pessoas, respectivamente.¹⁴⁷

Novamente, em relação ao servidor público o surgimento desses movimentos levou tempo. “A Carta Constitucional de 1969 (...) cuidava de proibir expressamente a greve nos serviços públicos e atividades essenciais definidas em lei”.¹⁴⁸ O art. 37, VII¹⁴⁹, da Constituição de 1988 previu pioneiramente o direito de greve do servidor público, determinando que este deveria ser exercido nos termos e limites da lei específica (originalmente, lei complementar) – lei que não veio. Mesmo com mudança nos termos da referida disposição, o que ocorreu com a Emenda Constitucional n. 19/98 e implicou em determinar que a lei em questão seria lei ordinária (ainda que específica, cujo único tema seja a greve do servidor público), não houve atividade legislativa de forma a concretizar tal direito.

Os servidores públicos permanecem no aguardo da legislação infraconstitucional prometida para a regulamentação da matéria “mesmo passados mais de vinte anos, já que nos primeiros anos nada se *complementou* e, nos dez anos seguintes, mesmo após a redução do rigor da espécie normativa com a EC nº 19/98, nada se *especificou*”¹⁵⁰.

Cármem Lúcia Antunes Rocha entende que há um motivo para a exigência de uma lei que regule o direito em questão, que é o fato de a greve no setor público ter o dever de “atender a interesses sociais e direitos dos administrados que são impossíveis de serem protelados ou sujeitos a transferência no tempo”, de forma que deve haver continuidade nas atividades do Estado ainda que o servidor tenha a prerrogativa de exercer seu direito de greve. O que não pode acontecer é o

¹⁴⁷ Sobre o tema, MATOS, Marcelo Badaró. *Trabalhadores e sindicatos no Brasil*. ROSSI, Waldemar; GERAB, William Jorge. *Para entender os sindicatos no Brasil: uma visão classista*.

¹⁴⁸ DALLARI, Adilson Abreu. *Regime constitucional dos servidores públicos*. p.144.

¹⁴⁹ Art. 37 - VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 10.11.2012.

¹⁵⁰ GUIMARÃES, Geraldo Luís Spagno. *Servidores públicos: os nortes constitucionais da greve, da sindicalização e da negociação coletiva*. In: FORTINI, Cristiana (org.). *Servidor Público*. Estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. p.137.

administrado restar sem prestação de um serviço público por conta da greve, ainda que seja ela um direito fundamental inegável e que não pode ser subtraído do trabalhador público. O que deve existir é a proporcionalidade entre ambas, greve e continuidade do serviço público – principalmente o serviço de caráter essencial.¹⁵¹

Eros Grau entende ser a greve “a arma mais eficaz de que dispõem os trabalhadores visando à conquista de melhores condições de vida”. O (agora ex) Ministro entende que se trata de um poder de fato, recebendo concreção imediata como direito fundamental de natureza instrumental.¹⁵² Isso, no entanto, demorou a acontecer.

Apesar de ser um direito fundamental social do servidor público, direito este de caráter coletivo, há essa dificuldade em garantir que seja plenamente exercido. A falta de atividade legislativa demonstra a despreocupação dos políticos em relação ao direito em questão. E foi na falta de ação por parte do Legislativo que o Judiciário brasileiro entrou em ação.

A ausência da lei específica que proporcionasse concretude ao direito em questão exigiu uma primeira tomada de decisão da Corte constitucional brasileira, uma vez que esta veio a ser provocada sobre o tema, e ela assim o fez por meio do Mandado de Injunção (MI) n. 20/DF, no ano de 1994. O instrumento foi impetrado pela Confederação dos Servidores Públicos do Brasil e admitido enquanto mandado de injunção coletivo. No julgamento, decidiu o STF que a norma prescrita constitucionalmente pelo art. 37, VII, é “norma constitucional de eficácia meramente limitada, desprovida, em consequência, de auto-aplicabilidade”, de forma que seria indispensável lei (à época do julgamento, lei complementar) a conferir-lhe plena eficácia, pois seria requisito de “aplicabilidade e operatividade” da referida norma.¹⁵³

A opinião acerca de qual seria a eficácia da norma em questão não configura um consenso doutrinário. José Afonso da Silva acredita que o mesmo inciso VII do art. 37 é sim norma constitucional de eficácia contida, não limitada. Isso porque a norma prevê que a legislação infraconstitucional virá a compor seu significado. “Enquanto o legislador ordinário não expedir a normação restritiva, sua eficácia será

¹⁵¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*. p. 360.

¹⁵² Mandado de Injunção n. 712/PA Voto do Ministro Eros Grau (relator). p.394. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=558553&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20MI%20/%20712>>. Acesso em 10.11.2012.

¹⁵³ Mandado de Injunção n. 20, de 19.05.1994. p.1.

Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=81733&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20MI%20/%2020>>. Acesso em 10.11.2012.

plena”, enquanto que as de eficácia limitada apenas terão eficácia e aplicabilidade “concreta e positiva” com a atuação do legislativo. Assim, a aplicabilidade da norma constitucional que prevê o direito de greve não estaria condicionada, sendo direta e imediata, o que já demonstra a inconstitucionalidade na não efetivação desse direito.¹⁵⁴

No entanto, para o STF a norma em questão não teria densidade normativa suficiente para, por si só, dar concretude ao que ela mesma preceitua, daí a necessidade de lei que o fizesse. Isso porque, segundo a corrente que entende ser uma norma constitucional de eficácia limitada, fora opção do constituinte não atribuir normatividade suficiente para possibilitar a aplicação imediata da norma. E foi nesse sentido que o pleno do STF, no julgamento em questão (em 1994), entendeu que sem a lei específica não seria possível o exercício do direito de greve por parte do servidor público, pois seria a lei *conditio sine qua non* ao direito. E reconheceu a mora legislativa, determinando ao Congresso Nacional que legislasse sobre o tema, uma vez que o tempo razoável à edição de tal lei já teria sido extrapolado àquela época – o que, como se sabe, ainda não aconteceu (e já se está em 2012).¹⁵⁵

Não é nem mesmo necessário que se diga que a decisão não foi em nada favorável aos servidores que esperavam pela regulamentação de seu direito fundamental. O Supremo restringiu-se a reconhecer que havia um atraso legislativo sem dar qualquer outra solução ao problema, “como se essa declaração pudesse em algum grau satisfazer o jurisdicionado que aguarda ainda hoje a lei específica”¹⁵⁶.

E, não por ironia, mas uma vez mais por uma questão de opção política, em 1995 foi editado o Decreto Presidencial n. 1.480¹⁵⁷, que previu as penalidades aos

¹⁵⁴ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade Norma Constitucional*. p.104.

¹⁵⁵ Mandado de Injunção n. 20, de 19.05.1994. p.5-31.

Disponível em
<<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=81733&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20MI%20/%202020>>. Acesso em 10.11.2012.

¹⁵⁶ GUIMARÃES, Geraldo Luís Spagno. *Servidores públicos: os nortes constitucionais da greve, da sindicalização e da negociação coletiva*. In: FORTINI, Cristiana (org.). *Servidor Público*. Estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. p.139.

¹⁵⁷ Art. 1º - Até que seja editada a lei complementar a que alude o art. 37, inciso VII, da Constituição, as faltas decorrentes de participação de servidor público federal, regido pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, em movimento de paralisação de serviços públicos não poderão, em nenhuma hipótese, ser objeto de:

I - abono;

II - compensação; ou

III - cômputo, para fins e contagem de tempo de serviço ou de qualquer vantagem que o tenha por base. (...)

servidores grevistas. Não havia lei que tutelasse ou regulasse o direito, que fizesse estabelecer em que condições poderia ou não ser exercido, mas, em ocorrendo uma greve de servidores públicos, medidas poderiam ser tomadas. A tentativa não era outra senão coibir a greve, quase como um incentivo negativo às paralisações dos servidores públicos, esvaziando o direito constitucionalmente previsto.

Para Regina Ferrari, a disposição constitucional trazia duas correntes de entendimento sobre a eficácia da norma, a primeira delas prevendo que o exercício do direito de greve dependeria da lei e enquanto ela não fosse promulgada não seria possível que o servidor exercesse seu direito e a segunda no sentido de que a Constituição autoriza o direito de greve dos servidores, uma vez que aboliu a disposição anterior, que proibia tais manifestações. Assim, ainda que se entenda que a norma constitucional do art. 37, VII, da Constituição não é dotada de plena eficácia – que não tem a densidade normativa suficiente para aplicabilidade imediata, que não dispõe dos requisitos necessários à aplicação – ainda assim ela é dotada de alguma eficácia, ao menos no sentido de revogar as disposições legislativas anteriores que proibiam tal direito e que estabeleciam as punições aos que o exerciam.¹⁵⁸

Regina Ferrari diz assim que tal norma teria aplicabilidade e eficácia e que o legislador ordinário, ao regulamentar o direito de greve do servidor, o faria (ou melhor, fará) no sentido de restringir ambas – e até que isso aconteça, não há o que se falar em restrição ao direito. Isso porque “o constituinte lhes conferiu normatividade suficiente para proteger a matéria nela tratada”, ainda que não esteja plenamente regulamentada. Além disso, a autora ressalta o posicionamento do STJ no Mandado de Segurança n. 2677, julgado em 1993, do Estado de Santa Catarina, no qual o entendimento do relator, Ministro Vicente Cernicchiaro, foi de que o direito de greve do servidor público é universalmente reconhecido e que a inexistência de lei regulamentadora não impediria o exercício, mesmo porque os princípios

Art. 2º Serão imediatamente exonerados ou dispensados os ocupantes de cargos em comissão ou de funções gratificadas constantes da relação a que alude o artigo precedente.

Art. 3º No caso em que a União, autarquia ou fundação pública for citada em causa cujo objeto seja a indenização por interrupção, total ou parcial, da prestação dos serviços desenvolvidos pela Administração Pública Federal, em decorrência de movimento de paralisação, será obrigatória a denúncia à lide dos servidores que tiverem concorrido para o dano.

Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1480.htm>. Acesso em 10.11.2012.

¹⁵⁸ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Greve do servidor público*. p.723-725.

constitucionais o conformariam. Não haveria, para ele, ilegalidade na greve do servidor público.¹⁵⁹

E a mesma autora conclui assim que “a omissão legislativa inconstitucional significa que o legislador não realizou algo que lhe foi imposto constitucionalmente. Trata-se, portanto, não apenas de um não fazer, mas sim de não fazer aquilo a que estava constitucionalmente obrigado”, de forma que o legislador infraconstitucional viola essa sua obrigação que é certa e determinada, frustrando o pleno cumprimento da Constituição.¹⁶⁰

Foi nesse contexto jurídico que Fernando Muniz Santos buscou conceituar o direito de greve do servidor público enquanto um princípio constitucional, não enquanto regra. Dessa forma, seria dotado de abstração, o que explicaria o fato de a Constituição não ter previsto em quais casos específicos seria possível de ser exercido, além de representar uma força valorativa, dotada de maleabilidade e possivelmente sujeito à ponderação quando em conflito com outros princípios, como a supremacia do interesse público (em sendo este também entendido como princípio), o da continuidade do serviço público, entre outros. Ele entende que seja realmente um direito fundamental o direito de greve do servidor público, mas reconhece também a eficácia limitada da norma.¹⁶¹

Diante de um legislativo inerte, coube ao Supremo Tribunal Federal a decisão acerca do tema, uma vez que fora novamente provocado quanto a ele. Assim, as decisões dos Mandados de Injunção n. 670/ES¹⁶², 708/PB¹⁶³ e 712/PA¹⁶⁴ buscaram “legalizar” a greve no serviço público. Cabe dizer que já havia sido anteriormente aventada a possibilidade exatamente de aplicação da lei de greve do setor privado, Lei n. 7.783/89, à greve do servidor público, a exemplo do julgamento do MI n. 631/MS¹⁶⁵.

¹⁵⁹ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Greve do servidor público*. p.724-725.

¹⁶⁰ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Greve do servidor público*. p.730.

¹⁶¹ SANTOS, Fernando Muniz. *O Direito de Greve dos Servidores Públicos Civil no Brasil*: contributo à concretização do art. 37, VII, da Constituição Federal de 1988. p.47-60.

¹⁶² Inteiro teor em <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=558549&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20MI%20/%20670>>. Acesso em 10.11.2012.

¹⁶³ Inteiro teor em <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=558551&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20MI%20/%20708>>. Acesso em 10.11.2012.

¹⁶⁴ Inteiro teor em <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=558553&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20MI%20/%20712>>. Acesso em 10.11.2012.

¹⁶⁵ Inteiro teor em <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=81883&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20MI%20/%20631>>. Acesso em 10.11.2012.

Nesses instrumentos processuais fez-se necessário demonstrar que a “produção legislativa” pelo Poder Judiciário era necessária, bem como era um reflexo claro do inconformismo que assolava tanto o Tribunal quanto os que ajuizavam as medidas a ele trazidas ao exame. “Traduzia não uma violação à independência e divisão de funções dos Poderes, mas uma incumbência do Poder Judiciário para que a norma se tornasse suficiente de modo a viabilizar o exercício efetivo do direito consagrado na Constituição Federal.”¹⁶⁶

Os julgamentos desses Mandados de Injunção vieram a reconhecer a possibilidade de aplicação subsidiária da lei de greve dos trabalhadores celetistas ao caso da greve no serviço público, um avanço tímido no reconhecimento e na concretização dos direitos desses trabalhadores – apesar de haver a possibilidade, ou até probabilidade, de que uma lei que viesse a tratar da temática pudesse não vir a ser exatamente um avanço, exatamente pelos motivos políticos já retratados que sempre se colocaram como um obstáculo ao real desempenho desse direito. A aplicação da Lei n. 7.783/89¹⁶⁷ seria restrita à ausência de lei específica, que ainda deveria (ou deve) ser formulada pelo Congresso Nacional. Ainda, reconheceu-se a necessidade de maior atenção em relação ao desempenho de funções essenciais, tais como as ligadas à saúde e segurança da população, que deveriam ser mantidas em funcionamento a níveis razoáveis.

Detalhe: os julgamentos ocorreram em 2007. Após 19 anos da promulgação da Constituição Federal, os servidores permaneciam desamparados. E mais, em 2007 foi dado prazo de 45 dias para que fosse sanada a mora legislativa no MI n. 670, o que sabidamente não foi cumprido – e chega até a ser irônico pensar-se em tal prazo, pois mesmo dele já se passou mais de meia década.

Cabe ressaltar que houve discussão nas decisões dos Mandados de Injunção n. 690, n. 708 e n. 712 quanto à extensão dos efeitos – se eles estariam restritos aos impetrantes, o Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Espírito Santo, o Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa e ao Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará, respectivamente, ou se seriam *erga omnes*. A decisão final foi de efeitos aplicáveis a todos, embora tenham

¹⁶⁶ GUIMARÃES, Geraldo Luís Spagno. *Servidores públicos: os nortes constitucionais da greve, da sindicalização e da negociação coletiva*. In: FORTINI, Cristiana (org.). *Servidor Público*. Estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. p.141.

¹⁶⁷ Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7783.htm>. Acesso em 10.11.2012.

votado em sentido diverso três ministros: Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio Mello, que pretendiam a eficácia restrita.

Acredita-se que tenha sido a melhor opção conferir eficácia *erga omnes*, pois de outra sorte o STF provavelmente teria presenciado um número elevado de mandados de injunção impetrados em cadeia nos momentos subsequentes aos julgamentos, com outros inúmeros sindicatos buscando igual decisão, de forma que, seja por uma questão de política judiciária – visando a garantia da isonomia entre todos os servidores públicos brasileiros (municipais, estaduais, federais ou distritais) e mesmo de economia processual – ou por questão de convicção ideológica, pelo reconhecimento da carência da referida tutela, a decisão tomada acabou sendo positiva.

Também houve no Mandado de Injunção n. 690 o voto do Ministro Maurício Rezende, relator do processo, no sentido apenas de reconhecer a mora legislativa, sem qualquer outro efeito. Ora, uma provocação desta magnitude à Corte Suprema do judiciário pátrio para o mero reconhecimento – frise-se, *notório* – de que o Congresso Nacional estava 19 anos atrasado com a edição de uma lei que concretizasse um direito fundamental de uma categoria ampla de sujeitos para o simples reconhecimento do atraso e nada mais seria no mínimo frustrante. O voto do relator restou vencido.

Outra evidência explícita de que a intenção não era exatamente a de ampliar direitos, mas sim de restringir e controlar os trabalhadores, está no fato de o voto do relator do Mandado de Injunção n. 708, Ministro Gilmar Mendes, ter abertamente abordado no relatório que a falta “de parâmetros jurídicos de controle dos abusos cometidos na deflagração desse tipo específico de movimento grevista tem favorecido que o legítimo exercício de direitos constitucionais seja afastado por uma verdadeira ‘lei da selva’”¹⁶⁸, de forma que não seria interessante que a lei viesse a garantir o direito de greve, a concretizar o preceito constitucional até então não efetivado. O que importava era um controle jurídico, político e social de como seria o direito exercido. A preocupação era em impor limites.

Outra questão de relevância no que diz respeito ao julgamento do Mandado de Injunção n. 712/PA foi o conteúdo da Lei n. 7.783/89 definido como aplicável à greve do servidor público. No voto do Ministro Eros Grau definiu-se que os artigos

¹⁶⁸ Inteiro teor em <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=558551&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20MI%20/%20708>>. p.209. Acesso em 10.11.2012.

aplicáveis à greve do servidor seriam do 1º ao 9º, 14, 15 e 17.¹⁶⁹ Hachem assim esclareceu as definições da decisão: “limitou a paralisação coletiva do trabalho a uma cessação parcial, aumentou o prazo de antecedência mínima para a notificação da paralisação, permitiu a contratação de trabalhadores substitutos, vedada pela Lei nº 7.783/89”, além de outras particularidades quanto ao serviço público que mereciam adaptações da aplicação da lei.¹⁷⁰

José Afonso da Silva entende que, ainda que não houvesse lei aplicável (e, de fato, não há – há aplicação subsidiária de uma lei focada no setor privado), não é a lei ordinária que criará o direito. O direito em questão está criado, está positivado constitucionalmente. “Então, se a lei não vem, o direito existe, e, se existe, pode ser exercido”. Existe um direito de greve do servidor público por força de norma constitucional e a lei servirá para regular, para restringir esse direito. “Isso significa dizer que enquanto a lei não vem, o direito há que prevalecer em sua amplitude constitucional”.¹⁷¹

Adilson Dallari entende de forma diversa. Para ele, há um condicionamento imposto pelo texto constitucional, como se fosse um reconhecimento da Constituição projetado para o futuro – quando (ou se) vier a lei infraconstitucional que se preste a conformar o direito de greve do servidor público, este será reconhecido e suportado pela Carta Magna. Ele entende, no entanto, que há um mínimo de eficácia nessa norma constitucional, “seja para vedar comportamentos contrários ao valor por ela afirmado, seja para possibilitar a utilização de instrumentos destinados exatamente a dar eficácia à Constituição (...)”.¹⁷² E note-se: ele diz isso antes mesmo do ajuizamento dos mandados de injunção que se prestaram à busca pela efetivação do direito em questão.

E é necessário que se diga que, ainda que se defenda um amplo direito de greve do servidor público no presente estudo, entende-se também que ele deve obedecer a determinados limites, como a continuidade do serviço público, por exemplo. Isso porque, como bem coloca Dallari, só há justificação nesse direito “diante da possibilidade de não-greve, que compreende tanto o direito de não ser

¹⁶⁹ Voto Ministro Eros Grau (relator). p.411. Inteiro teor em <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=558553&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20MI%20/%20712>>. Acesso em 10.11.2012.

¹⁷⁰ HACHEM, Daniel Wunder. *Mandado de Injunção e Direitos Fundamentais*. Uma construção à luz da transição do Estado Legislativo ao Estado Constitucional. p.151.

¹⁷¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. p.700-701.

¹⁷² DALLARI, Adilson Abreu. *Regime constitucional dos servidores públicos*. p.153.

obrigado a fazer greve quanto a identificação de comportamentos que extrapolam os limites do direito de greve, configurando abusos”. E assim o é porque a greve é um direito e, “para ser direito, precisa ser limitado”.¹⁷³

Por fim, cabe introduzir desde já o tema das consequências geradas pela greve, ou de seus objetivos, que normalmente estão centrados na discussão sobre as condições em que é prestado o serviço pelo servidor público. Alguns autores, como Di Pietro, entendem que nesse sentido a greve do servidor público difere da greve no setor privado, pois neste seria possível a negociação coletiva e no setor público não o seria. Ela entende que essas manifestações não podem abranger pretensões salariais¹⁷⁴, em um claro esvaziamento do conteúdo dos movimentos que eclodem atualmente, os quais, diante de um governo central resistente a aumentos salariais, se veem sem grandes saídas a não ser o movimento paredista como forma de discutir seus vencimentos com a Administração.

A autora expõe sua opinião sobre os limites ao exercício do direito de greve do servidor público no seguinte sentido: “poderá, quando muito, atuar como pressão sobre o Poder Público, mas não poderá levar os servidores a negociações coletivas, com ou sem participação dos sindicatos, com o fito de obter aumento de remuneração”.¹⁷⁵ E o argumento central adotado por Di Pietro é a Súmula n. 679 do STF, cujo enunciado diz que “a fixação de vencimentos dos servidores públicos não pode ser objeto de convenção coletiva”.¹⁷⁶

Desde já, cumpre elucidar que se discorda desse posicionamento. Ainda que haja súmula da Corte Constitucional brasileira sobre o tema, não se vê como impeditivo ao exercício do direito de greve, nem mesmo ao direito à negociação coletiva, que será melhor abordado na sequência.

Assim, o que se pode perceber é que foi necessário um longo percurso até que o Brasil se abrisse à possibilidade de greve no serviço público – o que foi feito com inúmeras ressalvas¹⁷⁷, limitações e mesmo tentativas de inviabilizar que o

¹⁷³ DALLARI, Adilson Abreu. *Regime constitucional dos servidores públicos*. p.150-151.

¹⁷⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. p.564.

¹⁷⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. p.564.

¹⁷⁶ Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=679.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em 10.11.2012.

¹⁷⁷ Uma das ressalvas feitas diz respeito ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Sobre o tema: SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *O Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Direito de Greve dos Servidores Públicos*. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito Administrativo e Interesse Público*. Estudos em Homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. p.377-404.

direito pudesse ser bem desempenhado, diante da mora legislativa até hoje persistente em não concretizar a norma prevista no art. 37, VII, da Constituição Federal, após mais de duas décadas de clamor. O ordenamento brasileiro foi tímido na consagração desse direito, pois o mesmo constituinte que cuidou de garantir o direito expressamente na Lei Fundamental foi o que o deixou à mercê do legislador complementar e, posteriormente, ordinário, o que implicou em não dar-lhe a plena concretude. E, ainda, ao invés de haver a regulação correta quanto ao direito, há o Decreto Presidencial n. 1.480, com as possíveis penalidades ao servidor paredista.

O avanço foi no sentido de tirar a greve do servidor público da ilegalidade, conferindo-lhe a aplicação da Lei n. 7.783/89, cuja disposição trata dos movimentos de empregados do setor privado, nesse sentido é que foi projetada e elaborada, de forma que não é a lei mais apropriada à regulamentação paredista do servidor público. E é necessário pontuar ainda que foi interessante estabelecer essa relação com a lei de greve do setor privado porque esta prevê expressamente as hipóteses de responsabilização dos trabalhadores grevistas em caso de abuso no movimento¹⁷⁸. Conforme já citado ao retratar-se o relatório do Ministro Gilmar Mendes no julgamento do MI n. 708/PB, essa era uma preocupação da Corte, coibir abusos ainda que não houvesse uma regulamentação adequada que determinasse exatamente em que consistiam esses abusos.

Ainda que não seja o mais adequado, é um passo adiante – que teve que ser tomado pelo Judiciário, tamanha a inércia do Legislativo em tratar da questão. Também não seria o mais adequado esse “ativismo”¹⁷⁹ do Supremo Tribunal Federal em regular por conta própria a questão, mas era a opção que a Corte tinha para resolver a questão e não conformar-se com um legislativo ocioso. A opção política do Congresso Nacional parece ser mesmo a de tapar os olhos para as manifestações dos servidores públicos – e por isso a necessidade de um Judiciário que não fizesse o mesmo.

¹⁷⁸ Art. 15 - A responsabilidade pelos atos praticados, ilícitos ou crimes cometidos, no curso da greve, será apurada, conforme o caso, segundo a legislação trabalhista, civil ou penal.

Parágrafo único. Deverá o Ministério Público, de ofício, requisitar a abertura do competente inquérito e oferecer denúncia quando houver indício da prática de delito.

Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7783.htm>. Acesso em 10.11.2012.

¹⁷⁹ As críticas no sentido de que a Corte “legislou” não procedem. Isso porque é consequência necessária do mandado de injunção a definição da norma regulamentadora. Sobre o tema: Voto do Ministro Eros Grau (relator). Inteiro teor em <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=558553&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20MI%20/%20712>>. Acesso em 10.11.2012.

Mas talvez o passo maior possa ser tomado em breve, uma vez que tramita atualmente no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 710/2011¹⁸⁰, cujo conteúdo envolve a regulamentação dos direitos de greve e negociação coletiva do servidor público¹⁸¹. São vinte e quatro artigos que tratam da greve do trabalhador público, sendo que o primeiro deles é justamente a determinação de que, uma vez que se mostrem ineficientes os meios alternativos à solução de conflitos, poderá ser deflagrada a greve¹⁸². O procedimento para a deflagração da greve é abordado, assim como os direitos dos grevistas, os efeitos da greve, a definição dos serviços essenciais, a configuração de abuso, entre outros aspectos do movimento paredista¹⁸³.

2.3. Negociação coletiva

O direito à negociação coletiva do servidor público é garantido pela Constituição Federal em uma forma explícita, a partir da leitura conjugada dos art. 39, §3º¹⁸⁴, e art. 7º, XIII¹⁸⁵, ambos do texto constitucional. De fato, em relação às condições de trabalho, não há dúvidas de que é possível a negociação coletiva entre a Administração Pública e o servidor, representado pelo sindicato da categoria. É esta expressão inegável do texto constitucional. Isso, no entanto, não exclui de

¹⁸⁰ Disponível em <<http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/100334.pdf>>. Acesso em 10.11.2012.

¹⁸¹ Sobre o mesmo tema, há outros projetos tramitando, mas optou-se por abordar apenas este Projeto n. 710/2011 por ser o mais recente, dando conta de uma realidade mais atual em relação ao tema. Acerca dos demais projetos, sugere-se a leitura da obra *O Direito de Greve no Serviço Público*, de Márcio André Medeiros Moraes, especialmente as p.171-181.

¹⁸² Art. 9º Caso não tenham sido atendidas as reivindicações dos servidores por intermédio da negociação coletiva e dos métodos alternativos de solução de conflitos de que trata esta Lei, é facultada aos servidores a deflagração da greve. Disponível em <<http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/100334.pdf>>. p.4. Acesso em 12.11.2012.

¹⁸³ Na próxima deste estudo será tratada de forma mais aprofundada a temática deste projeto de lei.

¹⁸⁴ Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas. (...)

§ 3º - Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 10.11.2012.

¹⁸⁵ Art. 7º, XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; (vide Decreto-Lei nº 5.452, de 1943). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 10.11.2012.

forma alguma que haja a negociação para outros fins que não apenas a discussão de condições de trabalho. Ainda assim, há tentativas de se negar esse direito.

É necessário que se diga que a legislação infraconstitucional no que diz respeito à possibilidade de negociação coletiva do servidor público sofreu um avanço significativo em 1990 e, em seguida, um retrocesso dois anos mais tarde. A Lei n. 8.112/90 previa na alínea “d” do art. 240¹⁸⁶ a possibilidade de negociação coletiva, a norma em questão foi atacada pela ADI n. 492/DF¹⁸⁷, em 1992, que declarou a inconstitucionalidade do dispositivo, o qual veio a ser revogado anos mais tarde pela Lei n. 9.527/97¹⁸⁸.

Na exposição de motivos da Lei n. 8.112/90¹⁸⁹, justifica-se a opção apresentada pela adequação da proposta trazida nessa lei com o Regime Estatutário dos servidores públicos, o que não impediria, futuramente, que se procedesse a uma revisão do diploma legal, de forma a adaptá-la ao melhor cumprimento das funções do Estado moderno. O projeto pretendia de fato dar “fiel cumprimento ao disposto no art. 39 da Constituição Federal”¹⁹⁰, ficando evidente o entendimento do legislador ordinário no sentido de que as disposições dessa lei eram constitucionais¹⁹¹, uma expressão daquilo que o constituinte originário pretendeu impor como de direito, inclusive a própria negociação coletiva – constante no já mencionado art. 240, “d” do dispositivo legal.

No julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da ADI n. 492¹⁹², que tinha como requerente o Procurador Geral da República, o relator, Ministro Carlos Velloso, bem como os demais ministros à exceção de um, votaram pela inconstitucionalidade do dispositivo legal. O voto do relator abordou a diferença na relação entre empregador-empregado e servidor-Administração, e mesmo a Constituição não

¹⁸⁶ Art. 240 - Ao servidor público civil é assegurado, nos termos da Constituição Federal, o direito à livre associação sindical e os seguintes direitos, entre outros, dela decorrentes:
d) de negociação coletiva; (Mantido pelo Congresso Nacional) (Revogado pela Lei nº 9.527, de 10.12.97). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em 10.11.2012.

¹⁸⁷ Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=266382&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%20492>>. Acesso em 10.11.2012.

¹⁸⁸ Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9527.htm>. Acesso em 10.11.2012.

¹⁸⁹ Disponível em <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD09AGO1990.pdf#page=60>>. Acesso em 10.11.2012.

¹⁹⁰ Disponível em <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD09AGO1990.pdf#page=60>>. p.8921. Acesso em 10.11.2012.

¹⁹¹ Evidentemente que, do contrário, não haveria sido editada lei nesse sentido, mas o que se pontua aqui é uma reafirmação da constitucionalidade da negociação coletiva.

¹⁹² A ADI n. 492 também questionou a constitucionalidade da alínea “e” do art. 240 da Lei n. 8.112/90, que permitia o ajuizamento individual e coletivo de demandas frente à Justiça do Trabalho por parte dos servidores públicos. Por maioria de votos, tal dispositivo foi julgado inconstitucional.

tratou da mesma forma. O posicionamento trazido pelo julgador foi o de considerar que a negociação coletiva tem a função precípua de discutir remuneração e, dessa forma, seria inviável aplicá-la ao servidor público, pois este tem remuneração estabelecida por lei.¹⁹³

O Ministro Marco Aurélio Mello foi o único que votou pela improcedência da ação, ou melhor, pela constitucionalidade da negociação coletiva na legislação nacional. Ele tratou, em princípio, do direito comparado, ressaltando que os países que têm setores públicos consolidados reconhecem a possibilidade de negociação coletiva entre a Administração e o servidor, “seja mediante o sistema de consulta ou, até mesmo, o de formalização de acordo geral”, além de observar que a doutrina “aponta a tendência natural de as relações humanas afastarem-se, cada vez mais, do autoritarismo, para realizarem, numa visão mais ampla, sem temor quanto à negociação, a busca do entendimento”. O julgador destaca ainda para o fato de a relação entre servidores e Administração vir abandonando posições rígidas e de intransigência, de forma que a visão de supremacia absoluta da Administração, que ele considera muito distorcida, vem sendo deixada de lado.¹⁹⁴

O Ministro Marco Aurélio ressalta também que, no Estado Democrático de Direito trazido pela Constituição de 1988, os servidores públicos foram tratados dessa forma (justamente enquanto servidores) em um reconhecimento de sua posição de trabalhadores que prestam serviços ao Estado, não mais enquanto “funcionários” (como a legislação anterior os tratava) afastados da condição de “trabalhadores”, de forma que “difícil é conceber a insistência na manutenção do Estado em constrangedora posição de supremacia quanto àqueles que, na qualidade de servidores e não de funcionários públicos, prestam-lhe serviços (...)”, uma reafirmação de sua posição contrária à supremacia inviolável da Administração sobre o servidor público.¹⁹⁵

Daí seu posicionamento quanto ao regime jurídico único do servidor público, que não configuraria um regime estatutário, uma vez que trata de “contrato” e do servidor enquanto “parte” desse contrato, ou seja, o Ministro não concorda com a noção de que o servidor público restringe-se a concordar com o ingresso na carreira

¹⁹³ Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=266382&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%20492>>. p.81-95. Acesso em 10.11.2012.

¹⁹⁴ Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=266382&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%20492>>. p.114-115. Acesso em 10.11.2012.

¹⁹⁵ Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=266382&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%20492>>. p.120. Acesso em 10.11.2012.

pública, mas sim que ele tenha a prerrogativa de demonstrar sua opinião quanto às condições de trabalho a que se sujeita.¹⁹⁶

E ele vai além, ressaltando a mudança constitucional dessa nova ordem, que permitiu a greve e a sindicalização do trabalhador vinculado ao Estado, em um rompimento com a noção anterior de hierarquia estatal, da necessidade de disciplina do servidor, revelando a postura democrática da Constituição. “Pois bem, que valia terão os aludidos direitos se, a um só tempo, conclui-se que todos podem negociar, menos o majestático Estado?”¹⁹⁷

De fato, não há qualquer lógica em se permitir a organização dos servidores, em permitir que eles realizem paralisações na prestação de serviços como forma de pressão sobre a Administração para que se atente às suas necessidades e não permitir a consequência irremediável, que seria justamente a discussão de melhores condições entre eles e a Administração, que, ainda que não seja “empregadora” no sentido trabalhista do termo, o é materialmente. É paradoxal a existência de duas normas constitucionais que claramente apontam para a permissão da negociação coletiva e uma decisão do Supremo Tribunal Federal que caminhe em sentido diametralmente oposto.

Outra indagação que propõe o Ministro Marco Aurélio diz respeito ao silêncio do constituinte em relação ao inciso XXVI do art. 7º da Constituição Federal¹⁹⁸ – seria ele suficiente para impossibilitar que o legislador ordinário avançasse sobre o tema? E evidentemente que a conclusão é negativa. A Constituição não é uma barreira à ampliação de direitos, muito pelo contrário, de forma que não há qualquer inconstitucionalidade em a lei ordinária prever tal direito, direito este já implicitamente reconhecido de forma ampla a partir do momento em que a mesma Carta prevê os direitos à sindicalização e de greve.¹⁹⁹

Note-se que a opinião do julgador, ainda que discorde da exposição de motivos da Lei n. 8.112/90 no que diz respeito ao Regime Jurídico do servidor público, uma vez que a lei entende como um regime estatutário e o Ministro acredita que seja um regime contratual, concorda com o que a lei estabelece em relação à

¹⁹⁶ Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=266382&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%20492>>. p.115-120. Acesso em 10.11.2012.

¹⁹⁷ Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=266382&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%20492>>. p.122. Acesso em 10.11.2012.

¹⁹⁸ Art. 7º, XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 10.11.2012.

¹⁹⁹ Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=266382&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%20492>>. p.124. Acesso em 10.11.2012.

conformidade do dispositivo atacado na ADI n. 492, ou seja, que a lei em questão veio a concretizar o que estabelece o art. 39 da Constituição Federal.

E foi nesse contexto que, no ano de 1997, a Lei n. 9.527 revogou de forma definitiva o art. 240, “d”, da Lei n. 8.112/90, o que na prática não importou em grandes consequências, já que a inconstitucionalidade já havia sido declarada por maioria de votos no Supremo Tribunal Federal e já não havia mais aplicabilidade do dispositivo em questão.

Em 2006, a Corte Constitucional voltou a debruçar-se sobre o tema da negociação coletiva, por meio da ADI n. 559/MT²⁰⁰, que teve como relator o Ministro Eros Grau, que tratou de lei estadual do Mato Grosso, julgando que “a celebração de convenções e acordos coletivos de trabalho constitui direito reservado exclusivamente aos trabalhadores da iniciativa privada”²⁰¹, uma vez que não haveria autonomia negocial em relação ao servidor público, sujeito que está submetido ao regime estatutário. Entendeu ainda que a Administração vincula-se pela legalidade e que isso impediria a possibilidade de negociação coletiva entre ela e os servidores públicos. Dessa vez foi unânime a decisão da Corte.

Mas, assim como o STF no julgamento da ADI n. 492, a doutrina nacional não é unânime quanto ao tema da negociação coletiva aplicada ao trabalhador público. Di Pietro é um exemplo da parcela de juristas que não a veem como uma prerrogativa do servidor quando se trate de temas de vencimentos, defendendo que não é possível a discussão sobre remuneração desses trabalhadores pela via da negociação coletiva, já que cabe apenas ao Poder Público a disposição quanto ao tema através da via legislativa – e de forma unilateral. Além disso, ela acredita que a existência da Súmula n. 679 do STF é impeditivo suficiente para a possibilidade de negociação coletiva entre servidores e a Administração, conforme já foi atentado acima ao tratar daquilo que seriam, para a autora, os limites ao direito de greve do servidor público.²⁰²

Muitas vezes mesmo os autores que defendem o direito à negociação coletiva dos servidores públicos acabam restringindo esse direito somente à possibilidade abarcada pelo art. 39, §3º, e art. 7º, XIII, da Constituição, ou seja, limitam o direito

²⁰⁰ Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=266418&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%20559>> Acesso em 10.11.2012.

²⁰¹ Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=266418&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%20559>>. p.24. Acesso em 10.11.2012.

²⁰² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. p.564-565.

exclusivamente à hipótese da discussão acerca da possibilidade de redução da jornada de trabalho do servidor ou de um regime de compensação. Para Geraldo Luís Spagno Guimarães há sim essa possibilidade de negociação coletiva do servidor público, mas a única forma que o autor defende é justamente a consagrada pela leitura constitucional. E ele defende expressamente que não há como se falar em negociação coletiva nos casos de ajustes remuneratórios por se tratarem de hipóteses que, a rigor, necessitam de previsão legal. Note-se que Guimarães acredita que, mesmo que não houvesse previsão constitucional (a previsão acima citada), ainda assim haveria um direito implícito à negociação coletiva, uma vez que a Constituição garantiu os direitos a sindicalização e greve. E ele ainda critica autores que resistem à negociação, sob argumento de que a atuação do sindicato deve ser no sentido de colaboração com o governo (ele cita Celso Bastos, nesse sentido), com o objetivo de dar maior eficiência ao serviço.²⁰³

Ainda que seja louvável a tentativa de Luís Guimarães em defender o direito fundamental à negociação coletiva do servidor público, ele ainda o faz de forma muito tímida, levando em conta simplesmente a legalidade administrativa como um empecilho forte o suficiente para inviabilizar definitivamente a negociação em se tratando de aspectos remuneratórios, com o que não se concorda, muito em virtude da constitucionalização do direito administrativo, que justamente dá outro foco a este ramo do direito, adotando a juridicidade como norte²⁰⁴. Ademais, em sendo implicitamente possível a negociação para a discussão da jornada de trabalho, não há impeditivo que assim o seja em relação às demais esferas da prestação de serviço deste trabalhador, ainda que exista previsão de lei para tratar da remuneração.

Esse posicionamento jurídico brasileiro é incoerente não apenas com a Constituição, mas também com as normas de direito internacional ratificadas pelo Brasil. Em 1978, foi aprovada na 64ª Conferência Internacional do Trabalho a Convenção n. 151 da OIT, cujos art. 7º e 8º²⁰⁵ determinam que haja o fomento às

²⁰³ GUIMARÃES, Geraldo Luís Spagno. *Servidores públicos: os nortes constitucionais da greve, da sindicalização e da negociação coletiva*. In: FORTINI, Cristiana (org.). *Servidor Público*. Estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. p.133-135.

²⁰⁴ Sobre o tema, haverá tratativa mais aprofundada a seguir, na Capítulo III do presente estudo.

²⁰⁵ PARTE IV PROCEDIMENTOS PARA A DETERMINAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE EMPREGO Art. 7º — Deverão ser adotadas, sendo necessário, medidas adequadas às condições nacionais para estimular e fomentar o pleno desenvolvimento e utilização de procedimentos de negociação entre as autoridades públicas competentes e as organizações de empregados públicos sobre as condições de

relações de negociação entre a Administração e os sindicatos dos servidores públicos ou quaisquer outros instrumentos que permitam a participação dos trabalhadores públicos na determinação de suas condições de emprego, citando ainda como possibilidades para tanto a mediação, a arbitragem e a conciliação, ou seja, meios imparciais.

Posteriormente, em 1981, veio a Convenção n. 154, chamada de Convenção do “Fomento à Negociação Coletiva”, foi aprovada na 67ª Conferência Internacional do Trabalho e, em seu art. 1º²⁰⁶, determinou que a Administração Pública poderia valer-se de modalidades próprias de aplicação da convenção, definidas por meio de lei interna. Isso porque o fomento à negociação seria aplicável a todos os ramos da atividade econômica, não havendo qualquer ressalva em relação à Administração e seus servidores, que também seriam abarcados pelas disposições convencionadas. O Brasil assinou essa convenção em 10.07.1992 e ela tornou-se o Decreto n. 1.256²⁰⁷ em 1994 – por ironia ou não, mesmo ano do julgamento da ADI n. 492, que considerou inconstitucional a negociação coletiva na Lei n. 8.112/90. A grande virtude deste tratado foi a de permitir a inclusão da negociação coletiva sem que fosse necessário renunciar à opção por um regime jurídico administrativo (estatutário).²⁰⁸

E a posição de atraso do Brasil é demonstrada também pelo fato de o país só ter ratificado a Convenção n. 151 da OIT no ano de 2010, com a consequente incorporação enquanto Decreto Legislativo n. 206. De certa forma, nota-se um avanço no campo político na defesa dos direitos dos trabalhadores públicos, ainda

emprego, ou de quaisquer outros métodos que permitam aos representantes dos empregados públicos participar na determinação de tais condições.

PARTE V SOLUÇÃO DE DEFINIÇÕES

Art. 8º — A solução dos conflitos que se apresentem por motivo da determinação das condições de emprego tratar-se-á de conseguir, de maneira apropriada às condições nacionais, por meio da negociação entre as partes ou mediante procedimentos independentes e imparciais, tais como a mediação, a conciliação e a arbitragem, estabelecidos de modo que inspirem a confiança dos interessados. Disponível em <<http://www.oitbrasil.org.br/node/501>>. Acesso em 12.11.2012.

²⁰⁶ Art. 1 — 1. A presente Convenção aplica-se a todos os ramos da atividade econômica.

2. A legislação ou a prática nacionais poderá determinar até que ponto as garantias previstas na presente Convenção são aplicáveis às forças armadas e à polícia.

3. No que se refere à administração pública, a legislação ou a prática nacionais poderão fixar modalidades particulares de aplicação desta Convenção.

Disponível em <<http://www.oitbrasil.org.br/node/503>>. Acesso em 10.11.2012.

²⁰⁷ Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D1256.htm>. Acesso em 10.11.2012.

²⁰⁸ PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. *La Negociación Coletiva en la Función Pública*. Una aproximación constitucional.p.103.

que com tanto tempo de hiato. E, por mais que haja essa melhora, ainda não se tem a regulamentação da negociação coletiva do servidor público.

Ainda, assim como em relação à greve, o Projeto de Lei n. 710/2011²⁰⁹ propõe-se a regulamentar a negociação coletiva – esse sim um avanço considerável em termos de legislação brasileira. O projeto não apenas permite a negociação entre a Administração e o servidor, como também estabelece os parâmetros a serem seguidos – tema que será tratado com maior profundidade na parte subsequente deste estudo.

Note-se assim que apesar do descaso com que foi tratada a temática da negociação coletiva do servidor público nesses mais de 20 anos da nova Constituição, em que inclusive foi tida como inconstitucional pela jurisprudência pátria, a opção política começa a mudar e a abrir-se à possibilidade de aplicação desse instituto, ainda que se diga doutrinariamente que a lei é o instrumento que pode definir a remuneração do servidor.

Cabem algumas considerações acerca dos princípios regentes da negociação coletiva. Florivaldo Dutra de Araújo arrola aquilo que ele considera como os princípios essenciais ao desempenho dessa relação (que são, segundo o autor, aplicáveis tanto ao setor público quanto ao privado). A *inafastabilidade da negociação* constitui o dever das partes de buscarem a solução negociada. *Boa-fé* ou *lealdade* abarca a determinação do comportamento recíproco das partes negociantes, envolvendo aspecto formal (conduta) e substancial (conteúdo/matéria). Esse segundo princípio acaba também na consequência do dever formal de negociar, na necessidade de estabelecer-se alcance e finalidade que devem ser abarcados pela negociação e no princípio do conglobamento (possível prejuízo não tem a prerrogativa de impedir a negociação ou de objetar uma cláusula do acordo). Ainda, é necessário que a Administração observe o princípio da *motivação*, dando transparência às razões que levaram àquele procedimento.²¹⁰

Ainda no rol dos princípios da negociação coletiva, há o *acesso à informação*, que é recíproco a ambas as partes envolvidas no acordo; a *adequação ou razoabilidade*, com a utilização da racionalidade mais adequada a cada caso; *contraditório* (uma vez que há conflitos de interesses); a *representação e assistência*

²⁰⁹ SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei n. 710/2011*. Disponível em <<http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/100334.pdf>>. Acesso em 10.11.2012.

²¹⁰ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Negociação Coletiva dos Servidores Públicos*. p.376-382.

(advogados, economistas, entre outros profissionais que possam auxiliar na resolução do caso); a *simplicidade das formas*, também tido por informalismo; o *dever de influência*, pelo qual os membros da mesa de negociação devem buscar a influência, a persuasão aos demais sujeitos, representados, a aceitarem o que é proposto; e, por fim, a *responsabilidade*, no sentido de cumprimento das normas procedimentais.²¹¹

É inegável, em razão de todos os argumentos, a relação intrínseca entre a greve e a negociação coletiva do servidor público, pois uma vez frustrada a tentativa de resolução do conflito de formas “alternativas”, uma delas e a própria negociação coletiva (além de arbitragem, mediação, entre outros), poderá ser deflagrada a greve. E, enquanto em greve, o sindicato tem a prerrogativa de negociar com a Administração as reivindicações dos servidores, não apenas em relação à jornada de trabalho, mas à integralidade da relação entre eles firmada. Isso seria a forma de plenamente concretizar a Constituição de 1988 no que diz respeito aos direitos fundamentais do servidor público. Ademais, “sem a via da negociação coletiva, a greve do servidor público tende a ser política, pois passa a se consubstanciar como última e única alternativa de pressão para desencadeamento do processo legislativo”²¹², de forma a atender as demandas desses trabalhadores. Não que seja um mal ser política, a questão é ser apenas política, sem quaisquer consequências jurídicas.

“Se há sindicato na função pública, não se pode razoavelmente desejar que ele exima-se de defender os interesses da categoria junto ao poder público. Pelo menos, não no Estado que se pretenda *Democrático de Direito*.” Não é razoável o distanciamento que é imposto entre esse direito e o setor público.²¹³

Há um esvaziamento também do conteúdo da greve sem a possibilidade de negociação coletiva, pois acaba sendo um instrumento meramente simbólico, não gerando efeitos na concretização das demandas e necessidades dos servidores. Inclusive, gera a sensação aos que não estão envolvidos nas manifestações de que a greve será infrutífera e, portanto, não tem razão de ser. E muito provavelmente terá consequências quase insignificantes, uma vez que uma das condições de maior relevância nem mesmo é discutida.

²¹¹ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Negociação Coletiva dos Servidores Públicos*. p.382-386.

²¹² BORGES, Maria Cecília Mendes. *Greve na Administração Pública: estudo comparado das realidades jurídicas argentina e brasileira*. p.2.

²¹³ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Negociação Coletiva dos Servidores Públicos*. p.244.

Apenas com a efetivação do direito de negociação coletiva do servidor público se garante o conteúdo jurídico e político adequado ao direito de greve, que passa a ser exercido como alternativa a uma tentativa frustrada de acordo coletivo entre sindicato e Administração, ou seja, antes da deflagração da greve há, necessariamente, uma tentativa de conformação dos interesses entre ambos. E, ao longo da greve, há uma possibilidade de se garantir tais demandas através de novas negociações entre as partes, além da alternativa de utilização de mediação, conciliação e arbitragem como formas alternativas de resolução do conflito. Não há, assim, qualquer sentido em se atribuir o direito de greve a esse grupo de trabalhadores sem que lhes seja garantido o diálogo com a Administração em torno tanto da remuneração quanto das demais condições de trabalho.

Cumprir dizer, ainda, que a negociação coletiva entre Administração e associação profissional dos servidores públicos coopera com a “afirmação da cidadania nesse campo específico, para depois ter o saudável efeito irradiador sobre toda a sociedade, que, no quadro do Estado Democrático de Direito, não mais pode ser apenas destinatária do exercício do poder público”²¹⁴. É o que se busca demonstrar. Para muito além da garantia de direitos, há uma participação mais democrática, de forma a reafirmar a cidadania dos servidores, esferas da dignidade humana do servidor, em especial justamente enquanto trabalhador e cidadão.²¹⁵

Ademais, “sem o reconhecimento do direito à negociação coletiva, a essência da ação sindical, que é a defesa dos direitos e interesses dos representados, torna-se inócua, ou fica restrita a ações de confronto”. Esses resultados não são os mais adequados ou cobiçáveis, ainda mais na ótica do Estado Democrático de Direito, ou Estado que assim se pretenda. Quanto à greve, que acaba acarretando em reflexos bastante onerosos tanto para a Administração quanto para os cidadãos, além de ser onerosa também aos próprios servidores, deve ter uma solução rápida caso venha a ser deflagrada – fato que deve ainda ser evitado, justamente por conta das implicações em que incorre – não havendo melhor maneira de se encontrar a solução adequada que a negociação coletiva.²¹⁶

²¹⁴ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Negociação Coletiva dos Servidores Públicos*. p.206.

²¹⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *A estabilidade do ato administrativo criador de direitos à luz dos princípios da moralidade, da segurança jurídica e da boa-fé*. p.292.

²¹⁶ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Negociação Coletiva dos Servidores Públicos*. p.351/361.

CAPÍTULO III – A POSSIBILIDADE DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA E A REGULAMENTAÇÃO DA GREVE DO SERVIDOR PÚBLICO NO BRASIL

3.1. Negociação Coletiva entre os princípios da juridicidade administrativa e da legalidade remuneratória

Falou-se brevemente no Capítulo I deste estudo sobre a mudança por que passou o direito administrativo ao longo dos últimos anos, em especial com a substituição da lei formal por outro parâmetro de validação dos atos administrativos, sendo ele a juridicidade. Isso significa que o ordenamento jurídico brasileiro como um todo e a Constituição de 1988 em particular apresentam-se como o centro do direito administrativo, atribuindo uma série de princípios constitucionais a este ramo e ainda erigindo a dignidade da pessoa humana como fundamento e critério de toda a atividade administrativa. Ocorre o que veio a ser chamado de constitucionalização do direito administrativo.

Cármén Lúcia Antunes Rocha entende que apenas no Estado Democrático de Direito é possível a existência de um princípio como o da juridicidade administrativa. Ela aponta dois elementos que definem este Estado, sendo eles “o reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais do ser humano pelo Estado de Direito e a participação democrática do cidadão na elaboração e aplicação deste Direito”, envolvendo a noção de busca pela justiça social concreta ao cidadão que participa na elaboração do que a ele será aplicado. “O Estado de Direito fez do princípio da juridicidade a sua apresentação e o seu fundamento mais apurado e vigoroso”.²¹⁷

A lei não é deixada de lado, não deixa de ser um dos critérios deste ramo. Não se trata de uma substituição absoluta da lei como fonte da atuação do administrador. O que ocorre, em verdade, é uma superação da noção de “reserva vertical de lei” criada pelo “Estado liberal oitocentista”, havendo assim a “substituição da lei pela Constituição como fundamento direto e imediato do agir administrativo sobre determinadas matérias, dispensando a exigência de uma prévia e anterior mediação legislativa”, de tal forma que a Constituição e a lei operam o que Paulo

²¹⁷ ROCHA, Cármén Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. p.75.

Otero chama de “osmose”, abrindo caminho para uma “legalidade sem lei”.²¹⁸ Rocha defende, nesse mesmo sentido, que o administrador público será submetido tanto à lei quanto ao direito em um sentido amplo, direito que “pode ser instrumentalizado por outros meios que não a lei formal”.²¹⁹

Será a lei fundamento do agir administrativo sempre que ela represente a vontade do constituinte, que esteja em consonância com os princípios e regras da Carta, colocando em primeiro lugar a dignidade do homem e os direitos fundamentais eleitos pelo sistema jurídico brasileiro, estejam eles já positivados no texto constitucional ou provenientes de outras normas, incluindo as de direito internacional.

Acontece na verdade a ruptura da antiga noção de onipotência da lei face à Administração Pública (que em verdade tratava-se de um mito, como diz Otero), de forma que a lei não tem mais o “monopólio habilitante da actividade administrativa, registrando-se que a aplicação da Constituição à Administração Pública e pela Administração Pública não exige necessariamente a mediação legislativa”, podendo o administrador aplicar a Constituição diretamente, pois ela é o fundamento do agir administrativo. Isso se traduz essencialmente em duas vertentes, a primeira delas sendo que a norma constitucional habilita a competência administrativa de forma direta e imediata; e a segunda consiste no fato de a decisão administrativa tomar como critério justamente a Carta Política. Não há a necessidade de interposição legislativa nessa norma, ou mesmo de qualquer outra regulamentação.²²⁰

Note-se, assim, que a competência dos órgãos da Administração Pública sofreu uma mudança em sua forma de definição, o que ocorreu também com a própria atividade administrativa, tendo a Constituição tomado o lugar da lei formal nesses aspectos, de forma que “a normatividade constitucional aparece como fundamento directo e imediato do exercício de poderes decisórios por parte dos órgãos administrativos, marginalizando-se a necessidade de intervenção do legislador”, abrindo a possibilidade inclusive de atos administrativos que extrapolem

²¹⁸ OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. p.735.

²¹⁹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. p.79.

²²⁰ OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. p.735.

a lei ou que a contrariem. Ademais, há assim uma vinculação da Administração aos direitos, liberdades e garantias fundamentais.²²¹

É nesse sentido que Rocha bem relembra que não é apenas a atividade administrativa que é vinculada pelo princípio da juridicidade, mas sim todas as funções do Estado. É dessa forma que a juridicidade conforma um “princípio-garantia do cidadão”, obrigando o Estado a atuar “pelo Direito, segundo o Direito, conforme o Direito e, ainda, no sentido negativo, estabelecendo um limite de atuação permitida ao Poder do Estado, restringindo-lhe o espaço de ação”.²²²

De fato, o que ocorre é que a juridicidade configura tanto um direito fundamental do cidadão como um dever da Administração. O princípio desdobra-se em duas vertentes. “No primeiro caso se tem a legalidade, cujo titular é o indivíduo; no segundo tem-se a juridicidade que se impõe ao administrador público, e o seu titular é o cidadão.”²²³

Isso ao final importará em algumas consequências, sendo a primeira delas e mais óbvia a de que, na ausência de lei formal, o administrador não estará desamparado – muito pelo contrário, já que terá a prerrogativa de aplicação das normas constitucionais. E mais: ainda que haja lei, a norma constitucional configura critério orientador de “interpretação, integração e aplicação de todos os actos infraconstitucionais por parte da Administração Pública, especialmente no âmbito do exercício dos poderes discricionários”. No caso de existência de leis que venham a ser contrárias aos preceitos constitucionais, em especial aos direitos fundamentais, a preferência é sempre da norma constitucional, que pode mesmo ser aplicada “contra a lei e em vez da lei”. A última consequência é que caso o ato do administrador viole uma norma garantidora de direitos fundamentais, será nula.²²⁴

Ocorre aquilo que Otero definiu como a “desmistificação” da noção de onipotência da lei na esfera administrativa. A lei formal abre espaço a outras fontes, como dito, e uma dessas fontes que se apresentam é justamente o direito internacional.²²⁵ Cármén Lúcia Antunes Rocha concorda com a inclusão dos

²²¹ OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. p.740.

²²² ROCHA, Cármén Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. p.80.

²²³ ROCHA, Cármén Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. p.82.

²²⁴ OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. p.741.

²²⁵ OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. p.743-749.

tratados internacionais²²⁶ como componentes da juridicidade administrativa uma vez que passem a integrar o ordenamento pátrio.²²⁷

Há algo mais em relação à questão da legalidade administrativa. Não pode a lei formal vir a limitar os direitos, garantias e liberdades dos cidadãos, bem como não pode adentrar na esfera de discricionariedade política da Administração. Há um limite constitucional em relação ao “grau de densificação reguladora dos assuntos”, de forma que o legislador deve manter esse espaço em que as decisões devem ser tomadas pelo administrador e, do contrário, será inconstitucional.²²⁸

A Constituição informa ainda a atuação do próprio administrador quando ele atua em conformidade com a lei, uma vez que, e aqui se ressalta uma vez mais, administrar não é aplicar a lei de ofício. Há uma leitura e interpretação das normas administrativas na medida em que ocorre a atuação do administrador. E essa aplicação da lei deve, da mesma forma, estar em conformidade com os princípios constitucionais, sejam eles específicos da Administração ou não, e deve principalmente preocupar-se com a defesa da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais (os positivados politicamente pela Constituição) e humanos (os que o direito internacional incorpora ao ordenamento). Assim, as normas infraconstitucionais devem também passar por critérios de interpretação.

Como já mencionado, há o que Bacellar Filho denomina “regime jurídico constitucional-administrativo”²²⁹, guiado pela dignidade da pessoa humana como standard de justiça, de forma que “não são os direitos fundamentais que se movem no âmbito da lei, mas a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais”, como coloca Jorge Miranda. São as leis que devem adequar-se à Constituição, não o inverso.²³⁰

Nesse sentido é que Paulo Otero ressalta a existência de interesses, valores e bens conflitivos em uma mesma norma legal, podendo haver “concorrência alternativa ou coexistencial” da mesma forma que em relação aos princípios constitucionais que se chocam. E esse conteúdo demonstra como as regras estão

²²⁶ Em relação ao tema do presente estudo, serão observadas com mais atenção na sequência duas Convenções da Organização Internacional do Trabalho que são de extrema importância à garantia dos direitos dos servidores públicos e que, diante de tal premissa, deveriam ser imediatamente aplicadas – embora ainda não se tenha tais efetivações em no país.

²²⁷ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. p.102.

²²⁸ OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. p.750-751.

²²⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. p.27.

²³⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais*. p.282-283.

sendo gradualmente substituídas por princípios também nas leis em sentido estrito. Assim, forma-se o chamado “Direito Administrativo dos princípios”, abrindo maior espaço, e importância, ao administrador que aplica essa lei, uma vez que o sistema é aberto, permitindo diferentes escolhas. Ainda nesse mesmo sentido, as normas apresentam cláusulas gerais, os conceitos menos concretos ou menos rígidos, permitindo maior abertura, assim como as normas em branco existentes nas leis acabam colocando a figura do órgão administrativo no centro das decisões, devendo solucionar os possíveis conflitos, realizar fiscalização e controle de legalidade e, em especial, definir o direito que deve ser aplicado, densificando a norma. E é assim que Otero diz que “a determinação concreta da natureza heterovinculativa da lei acaba, afinal, por repousar nas mãos da Administração Pública, gozando esta de um considerável espaço de criação de Direito”.²³¹

É necessário que se diga, ainda, que na medida em que a preocupação central do direito é a dignidade humana, o administrador que o aplica deve ser chamado a atuar em conformidade com a ética e a moral, do contrário incorreria em vícios incompatíveis com sua atividade. E, uma vez mais, as normas internacionais colocam-se como critérios nesse aspecto, já que elas mesmas trazem dimensões da moralidade.²³²

No âmbito político, que envolve a atuação do administrador, Paulo Otero ressalta ainda a existência de uma tentativa de “juridificar” tais atos (os de caráter político), “procurando-se deles extrair um critério normativo vinculativo de actuação administrativa”. Nessa função política há uma autonomia de atuação que é dotada de força vinculativa que inclusive tem, segundo alguns autores, “eficácia de uma verdadeira norma jurídica”. Isso se dá por permissão constitucional. Por conta de sua eficácia, estes atos políticos assumem tal projeção normativa que englobam o campo da legalidade administrativa. A única ressalva que se tem quanto a eles é que não há sanção caso não sejam cumpridos – a exemplo de promessas feitas em campanhas eleitorais por candidatos a cargos políticos. O que é perceptível, no

²³¹ OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública*: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. p.760-761.

²³² OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública*: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. p.770-773.

entanto, é a possibilidade de se atribuir “cobertura jurídico-normativa a cenários puramente políticos”.²³³

Rocha define aquilo que entende ser a relação entre o direito administrativo, a juridicidade e o administrador. Ela entende que a Administração Pública é “*o próprio Direito tornada movimento realizador de seus efeitos para intervir e modificar a realidade social sobre a qual incide*”. A Administração não se submete ao direito, o administrador sim.²³⁴ Ressalte-se, o administrador submete-se ao direito, à juridicidade, não apenas à lei, pois esta não dá conta da realidade e da concretização da justiça social, conforme apontado. Da mesma forma, a Administração não é só a lei em movimento, mas o direito em movimento, novamente enquadrada sob a ótica da juridicidade.

A grande importância desses apontamentos está relacionada com aquilo que é por muitas vezes imposto como limitação ao direito à negociação coletiva entre o servidor e a Administração, que é a questão da legalidade remuneratória do servidor, pela qual apenas a lei no sentido formal poderia estabelecer o *quantum* remuneratório dos trabalhadores do setor público.

Segundo a doutrina²³⁵ e o Supremo Tribunal Federal²³⁶, o regime jurídico chamado de estatutário do servidor público impediria que a Administração discutisse as condições de trabalho com os trabalhadores do setor, ainda que a Constituição tenha a previsão do art. 39, § 3º, de que em relação à carga horária e eventuais compensações em relação à jornada do servidor poderiam ser submetidas à negociação. Ainda assim, entende-se que as disposições em relação às condições da prestação de serviços destes sujeitos seriam definidas de forma unilateral pelo Estado e ao servidor cumpriria uma única demonstração de vontade, a de aceitar adentrar na carreira, não cabendo negociação coletiva entre ele e a Administração.

Para o Tribunal Superior do Trabalho também não seria permitido tal direito ao servidor público, mas este posicionamento sofreu recente alteração por conta do Decreto Legislativo n. 206/2010, que regulamentou internamente a Convenção n.

²³³ OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. p.789-792.

²³⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. p.82.

²³⁵ Nesse sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. p.529; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. p.256; MEADUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. p.268-269; entre outros.

²³⁶ *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 492-1/DF*. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=266382&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%20492>>. Acesso em 10.11.2012.

151 da OIT. A Orientação Jurisprudencial n. 05 postulava anteriormente no seguinte sentido: “Aos servidores públicos não foi assegurado o direito ao reconhecimento de acordos e convenções coletivos de trabalho, pelo que, por conseguinte, também não lhes é facultada a via do dissídio coletivo, à falta de previsão legal”. Notadamente, o TST seguia posicionamento semelhante ao do STF. Atualmente, a redação é outra, reconhecendo a necessidade de adequação da relação entre esses sujeitos e as normas de direito internacional. Ela segue assim: “Em face de pessoa jurídica de direito público que mantenha empregados, cabe dissídio coletivo exclusivamente para apreciação de cláusulas de natureza social”. Ainda que reconheça a possibilidade da negociação, o Tribunal não ultrapassa a barreira das questões salariais.²³⁷

Por todo o já exposto em relação à virada que sofreu o direito administrativo pátrio nos últimos anos, em especial no que concerne à posição que assumiu a preocupação com a dignidade humana em todas as esferas do direito, é inaceitável que permaneça este posicionamento. Um primeiro argumento que deve ser sopesado é o fato de o servidor, ainda que esteja subordinado ao ente estatal e que, por conseguinte, tenha um vínculo de hierarquia mais acentuada do que o trabalhador do setor privado, ele não deixa em momento algum de ser um trabalhador, não deixa de ter os direitos referentes a um trabalhador, as prerrogativas, ainda que haja diferenciações nestes aspectos e ainda que a Constituição liste alguns direitos dos trabalhadores do setor privado que são aplicados aos servidores (art. 39, § 3º), pois estes não excluem outros.

A situação jurídica do servidor público envolve tanto a sua condição de membro do funcionamento da Administração quanto a condição laboral, o que Rocha entende ser “uma dúplice situação: de trabalhador, ao qual se asseguram direitos sociais fundamentais, e de agente, que vivifica a pessoa jurídica, sendo dela parte integrante, célula viva da engrenagem burocrática estatal personalizada”²³⁸, de forma que a sua vinculação ao Estado não elimina a condição de trabalhador. E, em sendo trabalhador, é sujeito de direitos, direitos próprios.

Nesse mesmo sentido de garantia dos direitos dos servidores, o sistema normativo brasileiro atribuiu ao servidor tanto de forma direta quanto indiretamente a

²³⁷ Disponível em <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDC/n_bol_01.html#TEMA5>. Acesso em 10.11.2012.

²³⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*. p.111.

possibilidade de atuar neste espaço de negociação coletiva, seja por disposição na própria Constituição ou pela previsão dos direitos que importarão, consequentemente, em um diálogo entre poder público e seus trabalhadores. A interferência em um direito fundamental como este não é senão uma inconstitucionalidade.

A proibição da negociação coletiva abrange, segundo Araújo, a noção de interesse público, envolvendo um discurso ideológico de que o envolvimento desses trabalhadores públicos com o Estado seria impeditivo por conta da supremacia de um interesse nacional. Essa repressão seria, para o autor, marcante em regimes ditatoriais, de caráter autoritário, que acabam por negar tais direitos tanto a agentes públicos como a trabalhadores do setor privado – muitas vezes sob a justificativa de que a legalidade impediria uma tomada de decisões em âmbito político acerca das condições de trabalho desses sujeitos.²³⁹

O princípio da legalidade de fato tutela a relação jurídica imposta entre o trabalhador e o Poder Público, mas não deve servir de forma a tolher-lhe seus direitos. É certo que há um regime que doutrina e jurisprudência definem como estatutário e que, dessa forma, haveria apenas o consentimento do servidor em seu ingresso, mas essa visão não é apenas restrita, como também acaba violando direitos e não deve ser aceita. O regime jurídico do servidor, ainda que trazido por lei, é um regime bilateral, envolve dois sujeitos. E, por sua vez, o princípio da legalidade é nesse caso uma garantia constitucional do servidor, no sentido de dar-lhe segurança jurídica. É evidente que também assume papel fundamental em impedir que existam casos limítrofes de “extravagância”, por remunerações “estratosféricas” que não condizem com a função exercida e que não passam de benefícios indevidamente atribuídos a determinados sujeitos, mas acabou subvertendo-se em um impedimento absoluto de discussão e negociação entre as partes desta relação que não é mais tolerável.

Roberto Sorbilli Filho defende que independentemente da instância as relações jurídicas de trabalho “no âmbito do Estado Democrático de Direito, devem ser fruto do consentimento, a reger-se segundo princípios de liberdade e de

²³⁹ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Negociação Coletiva dos Servidores Públicos*. p.233.

dignidade humana, seja qual for a pessoa que figure na condição de empregador”²⁴⁰, opinião que representa muito daquilo que se advoga neste estudo. O autor também entende que esse consentimento é um reflexo da defesa da dignidade humana e das liberdades, em consonância com a equidade e a igualdade. “Não há trabalho livre se apenas uma das partes impõe a sua vontade, se os mais fortes, seja o Estado, seja o patrão privado, estabelecem, ao seu alvedrio, as condições de exercício do trabalho.”²⁴¹

A realidade é que, reconhecendo ou não sua situação, o Estado é um empregador. Como dizia Márcio Cammarosano, e note-se que foi escrito em 1986, “o Estado empregador se coloca naquela mesma posição subalterna à norma constitucional e à lei, de tal sorte que se lhe aplicam os mesmos princípios informadores do exercício da função administrativa de modo geral”²⁴². A vinda da nova Constituição em 1988 não mudou em nada tal premissa e, dessa forma, deve o Estado respeitar os princípios que compõe a norma constitucional, não sendo possível conceber-se um Estado que não respeita direitos básicos de seus trabalhadores, tal como a negociação coletiva. E mais, uma vez que “os valores sociais do trabalho, a liberdade e a dignidade humanas, condicionam a ação estatal. Dentro dessa ótica, o vínculo de trabalho estatutário, unilateral, perde a consistência”²⁴³.

Não se pode mais pensar no Estado como o ente “majestático”, ou mesmo o ente “estático”, que não aceita mudanças por influência de outros sujeitos que não a sua superior e inabalável vontade. E é nesse sentido que, assim como Sorbilli Filho, entende-se que há sim uma democratização que estremece esse modelo de Estado e que acaba atingindo o direito administrativo, importando na “ruptura com os modelos teóricos rígidos e verticais, calcados na ideia de um Estado que subordina,

²⁴⁰ SORBILLI FILHO, Roberto. *A alteração unilateral das normas do regime de trabalho com o Estado*. In: FORTINI, Cristiana (org.). *Servidor Público*. Estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. p.392.

²⁴¹ SORBILLI FILHO, Roberto. *A alteração unilateral das normas do regime de trabalho com o Estado*. In: FORTINI, Cristiana (org.). *Servidor Público*. Estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. p.393.

²⁴² CAMMAROSANO, Márcio. *O Estado Empregador*. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de ...[et ali]. *Curso de Direito Administrativo*. p.54.

²⁴³ SORBILLI FILHO, Roberto. *A alteração unilateral das normas do regime de trabalho com o Estado*. In: FORTINI, Cristiana (org.). *Servidor Público*. Estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. p.393.

com seu poder de império, por meio do ato administrativo unilateral, os súditos-administrados”²⁴⁴.

Por tudo isso, ver a relação entre esse “novo” Estado – democratizado, atravessado pelos princípios constitucionais, orientado especialmente pelos direitos fundamentais e pela dignidade humana – com o servidor público – que é um trabalhador, acima de tudo – como estatutária é extremamente contraditório. A relação de trabalho entre esses sujeitos deve ser bilateral, de outra forma é uma inconstitucionalidade evidente. É certo que o administrador só pode fazer aquilo que a lei permite, que lhe atribui competência, mas isso não deve ser impeditivo para a prática de atos bilaterais no exercício das funções administrativas, assim como não o converte em um autômato.²⁴⁵

Em sendo o trabalho um bem social e sendo ainda o trabalho digno um valor fundamental da ordem democrática, as alterações do contrato de trabalho entre Administração e servidor representam aperfeiçoamentos da relação jurídica. Não devem, nesse sentido, significar o atendimento de demandas simplesmente corporativas de servidores e nem mesmo a imposição de restrições excessivas e que venham a prejudicar esse trabalhador. Diante desse novo contexto social e jurídico, tomando como base os direitos humanos, a participação popular e democrática, a dignidade humana, a atuação estatal verticalizada e unilateral não é compatível. A via ideal é a do diálogo e da busca pelo consenso para a resolução das tensões sociais, inclusive as tensões de trabalho envolvendo trabalhadores do setor público e a Administração.²⁴⁶

Pode-se notar, diante do exposto, que se pensar em um regime jurídico de um trabalhador em que sua única palavra seja sobre aceitar ou não ingressar naquele “emprego” é inadequado e incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro, em especial com a Constituição e com os direitos humanos que tanto se defende. Além disso, um regime engessado e pouco democrático como esse, em que apenas uma das partes tem poder de decisão quanto às condições de prestação de serviço, é insuficiente para a resolução dos conflitos de interesses que

²⁴⁴ SORBILLI FILHO, Roberto. *A alteração unilateral das normas do regime de trabalho com o Estado*. In: FORTINI, Cristiana (org.). *Servidor Público*. Estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. p.395.

²⁴⁵ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Negociação Coletiva dos Servidores Públicos*. p.363.

²⁴⁶ SORBILLI FILHO, Roberto. *A alteração unilateral das normas do regime de trabalho com o Estado*. In: FORTINI, Cristiana (org.). *Servidor Público*. Estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. p.400-401.

ocorrem entre o servidor e a Administração e mesmo para que haja um significado na deflagração da greve, seja em relação à negociação efetiva (com participação e importância de ambas as partes) antes da greve ou ao longo dela.

E há ainda outra questão de imprescindível análise quanto à legalidade remuneratória do servidor público. A primeira parte do art. 37, X, diz que “a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica”²⁴⁷. A questão que se impõe é se essa norma constitucional é uma regra ou um princípio, uma vez que haverá diferença na aplicação a depender de sua natureza jurídica.

Caso entenda-se ser uma regra, como se poderia pensar em virtude da forma de redação mandatória do inciso, dizendo que apenas a lei específica define a remuneração do servidor, a pergunta subsequente é se isso seria suficiente para impedir a possibilidade de negociação coletiva entre o servidor e a Administração. Entende-se que não, no entanto. A constitucionalização do direito administrativo, como ressaltado, implica em uma leitura constitucional e principiológica das normas, ainda que sejam normas constitucionais. Essa norma deve ser interpretada de forma a dar maior concretude à Constituição, em especial aos direitos fundamentais e à dignidade humana. O engessamento da norma, considerando todo o contexto em que ela está inserida, não é compatível com o ordenamento, ainda que seja regra. Assim, seja pelo Judiciário ou pelo Executivo, o filtro constitucional na aplicação da regra (caso assim seja entendida) deve ser observado, não sendo possível o entendimento de que apenas a lei, de iniciativa do Legislativo e que passe por todo o processo de formulação legal, discuta ou estabeleça as condições de trabalho desse sujeito.

Caso seja tomada como um princípio, como é a ótica de Cármen Lúcia Antunes Rocha²⁴⁸ e mesmo Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁴⁹, aí a situação é outra, uma vez que esses princípios, por serem dotados de maleabilidade, podem chocar-se e podem necessitar de atuação do aplicador para a definição daquele que deve prevalecer. É dessa forma que, uma vez que contrastam entre si o direito fundamental do servidor à negociação coletiva – seja por ser um direito constitucional implícito na garantia da greve e da sindicalização, seja porque é

²⁴⁷ Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 10.11.2012.

²⁴⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*. p.286-291.

²⁴⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. p.547.

explícito ao se tratar da definição da jornada do servidor ou ainda por ser um direito humano consagrado por tratado internacional incorporado pelo ordenamento – e o princípio constitucional da legalidade remuneratória, haveria a necessidade de atuação do aplicador do direito para a tomada de decisão, podendo sim prevalecer a negociação coletiva nesse caso.

Assim, de qualquer lado que se analise a questão, nota-se que a concretização dos direitos fundamentais do servidor público, em especial em relação à negociação coletiva, leva em conta essa leitura constitucional da norma que estabelece a legalidade remuneratória, seja ela uma regra ou um princípio, de forma a melhor aplicá-la e efetivá-la. É por isso que novamente cita-se Antunes Rocha, no sentido de que “o que era considerado ‘inegociável’ ontem hoje pode não ser; nada disso muda a circunstância de que o servidor público engaja-se num processo político dinâmico”²⁵⁰. Essa dinamicidade própria do direito, que busca adequar-se à sociedade em que está inserido, deve ser respeitada – e a forma de fazê-lo é dar ao servidor a possibilidade de influenciar na tomada de decisões acerca de suas condições de trabalho, salariais ou não.

3.2. Aplicação das Convenções n. 151 e 154 da OIT e da Recomendação n. 159 da OIT

Já se explicitou anteriormente, ao longo do primeiro capítulo deste estudo, o posicionamento tomado acerca do impacto dos direitos humanos, e do direito internacional dos direitos humanos, no direito brasileiro, em especial no que concerne ao direito administrativo. Ainda que a Constituição tenha atribuído o caráter de norma constitucional apenas aos tratados internacionais de direitos humanos que passem pelo processo legislativo de emenda constitucional, isso é válido para a conformação da constitucionalidade formal. Segue-se a opinião de Flávia Piovesan no sentido de que tais normas internacionais, por terem sido ratificadas pelo Brasil e por terem como cerne a proteção dos direitos humanos, já são materialmente constitucionais e nesse sentido devem ser respeitadas.²⁵¹

²⁵⁰ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*. p.121.

²⁵¹ PIOVESAN, Flávia. *Tratados Internacionais de proteção dos Direitos Humanos: jurisprudência do STF*. In: *Revista Jurídica Themis*. Edição Especial Semana Acadêmica do CAHS – *Direitos Fundamentais e a Dogmática Jurídica Crítica*. p.113.

Piovesan defende, dessa forma, que os “direitos internacionais integrariam, assim, o chamado ‘bloco de constitucionalidade’, densificando a regra constitucional positivada no § 2º do art. 5º, caracterizada como cláusula constitucional aberta”.²⁵² Esses direitos já teriam o valor jurídico de direitos constitucionais, o status de norma constitucional. Mazzuoli entende da mesma forma, dizendo que os direitos humanos constantes das normas de direito internacional passam “a ser considerados como se escritos na Constituição estivessem”, independentemente de processos legislativos elaborados de incorporação ao ordenamento jurídico pátrio, vale dizer, sem a necessidade de passarem pelo processo de emenda constitucional para serem vistos como norma materialmente constitucional. É dessa forma que se entende não ser possível que o § 3º do mesmo art. 5º da Constituição venha a prejudicar tal interpretação já consolidada por grande parcela doutrinária, como defende o autor.²⁵³

E, assim como a Constituição toma como valor essencial informador a dignidade humana, sendo esta a fonte de seu sentido, também o “direito internacional dos direitos humanos”, que vem em resposta às atrocidades da Segunda Guerra Mundial, é centrado na dignidade humana, de forma que há consonância entre ambos. “Pontue-se, ainda a interação entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e os direitos locais, na medida em que aquele passa a ser parâmetro e referência ética a inspirar o constitucionalismo ocidental.”²⁵⁴ Vale então dizer que o direito interno será válido quando estiver em sintonia com o direito internacional. Nesse sentido, a dignidade humana atua como um “superprincípio” que orienta ambos, os direitos internacional e interno, unificando e centralizando estes sistemas normativos.

É necessário pontuar a imperatividade de que a Constituição atribui às normas que afirmam direitos e garantias fundamentais, o que é feito através do princípio da aplicabilidade imediata²⁵⁵, trazido pelo §1º do art. 5º. Isso significa dizer que “cabe aos Poderes Públicos conferir eficácia máxima e imediata a todo e qualquer preceito definidor de direito e garantia fundamental”. E está aí a relevância

²⁵² PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. p.55.

²⁵³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O novo 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia*. In: *Jornadas de Direito Internacional Público do Itamaraty*, 2005, Brasília. *Desafios do Direito Internacional Contemporâneo*. p.381.

²⁵⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. p.30.

²⁵⁵ Art. 5º, § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 10.11.2012.

maior, pois não é apenas a Administração que deve buscar a concretização de tais normas, mas todos os poderes. “Tal princípio intenta assegurar a força dirigente e vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental, ou seja, objetiva tornar tais prerrogativas diretamente aplicáveis pelos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.”²⁵⁶.

Ressalta-se, então, e uma vez mais, que essa aplicabilidade imediata não pode ser prejudicada pelo § 3º do art. 5º da Carta Magna, uma vez que o § 1º do mesmo artigo “sequer remotamente induz a pensar que os tratados de direitos humanos só terão tal aplicabilidade imediata (pois eles também são normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais) depois de aprovados no Congresso Nacional” pelo quórum de emenda constitucional. Isso significa dizer que, quando estabelece a possibilidade de aplicação imediata das normas, “a Constituição não especifica se elas devem provir do direito interno ou do direito internacional (por exemplo, dos tratados internacionais de direitos humanos), mas apenas diz que todas elas têm aplicação imediata”, independentemente a forma de aprovação, se por maioria simples ou qualificada.²⁵⁷

Lembre-se que o Supremo Tribunal Federal não buscou a guarda desses direitos, na medida em que julgou inconstitucional o dispositivo legal que previa a negociação coletiva entre a Administração e o servidor público e que, no primeiro momento, considerou que a greve do servidor público deveria esperar a regulamentação (tão atrasada) pelo Legislativo.

A maior relevância está na temática dos direitos do servidor público em relação ao direito internacional são as Convenções n. 151²⁵⁸ e 154²⁵⁹ da Organização Internacional do Trabalho, com necessária ênfase à primeira que, ironicamente, apesar de datar de 1978, só foi Brasil em 2010, após 32 anos de seu surgimento no cenário internacional.

Antes disso, em 1957, foi aprovada resolução favorável à negociação coletiva na Administração Pública, à exceção dos países em que a legislação interna viesse a proibir expressamente tal hipótese. As discussões específicas sobre liberdade sindical e procedimentos de determinação das condições de trabalho no serviço

²⁵⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. p.36.

²⁵⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O novo 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia*. In: *Jornadas de Direito Internacional Público do Itamaraty*, 2005, Brasília. *Desafios do Direito Internacional Contemporâneo*. p.410.

²⁵⁸ Disponível em <<http://www.oitbrasil.org.br/node/501>>. Acesso em 10.11.2012.

²⁵⁹ Disponível em <<http://www.oitbrasil.org.br/node/503>>. Acesso em 10.11.2012.

público tiveram início em 1963, tendo como resultado a criação da Comissão Paritária do Serviço Público pelo Conselho de Administração da OIT. Posteriormente, em 1975, foi elaborado na Conferência Técnica sobre o Serviço Público, um esquema preliminar daquilo que poderia vir a ser o instrumento internacional sobre o serviço público, havendo inclusive a solicitação de que este tema fosse inscrito na ordem do dia da Conferência Internacional do Trabalho. Inclusive, quando foi criada a Comissão sobre o Serviço Público, na 63ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho, havia algo como um “acordo geral” sobre a necessidade de efetivação de um instrumento que garantisse aos servidores públicos participação na definição de suas condições de trabalho, com manifestações favoráveis de membros dos governos dos Estados.²⁶⁰

A Convenção n. 151 da OIT, sobre o Direito à Sindicalização e as Relações de Trabalho no Setor Público, é voltada especificamente aos trabalhadores do setor público, sendo o “empregado público” o sujeito que seja empregado pela Administração Pública, nos termos dos art. 1.1 e 2²⁶¹ e a organização de empregados públicos é, nos termos do art. 3, “toda organização, qualquer que seja a sua composição, que tenha por objetivo fomentar e defender os interesses dos empregados públicos”²⁶². Ainda que tenha a intenção de tutelar direitos dos trabalhadores do setor público, este instrumento exclui os cargos de caráter político, quais sejam, parlamentares, magistrados e outras autoridades públicas. Ela supõe que sua aplicação será abarcada pelo princípio da boa-fé.

Em relação à sindicalização, a convenção em questão determina que os servidores estão protegidos contra atos de discriminação sindical, seja por possível demissão por serem sindicalizados ou por imposição de condição em relação ao emprego, em sendo a condição justamente a de não ser o servidor filiado a nenhum sindicato que represente sua categoria.²⁶³ Ela prevê também que não haja qualquer

²⁶⁰ PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. *La Negociación Coletiva en la Función Pública*. Una aproximación constitucional. p.99.

²⁶¹ Art. 1 — 1. A presente Convenção deverá ser aplicada a todas as pessoas empregadas pela administração pública, na medida em que não lhes forem aplicáveis disposições mais favoráveis de outras Convenções Internacionais do Trabalho.

Art. 2 — Para os efeitos da presente Convenção, o termo ‘empregado público’ designa toda pessoa a quem se aplique a presente Convenção, de acordo com seu artigo 1.

Disponível em <<http://www.oitbrasil.org.br/node/501>>. Acesso em 10.11.2012.

²⁶² Disponível em <<http://www.oitbrasil.org.br/node/501>>. Acesso em 10.11.2012.

²⁶³ Art. 4 — 1. Os empregados públicos gozarão de proteção adequada contra todo ato de discriminação sindical em relação com seu emprego.

2. A referida proteção será exercida especialmente contra todo ato que tenha por objetivo:

ingerência do Poder Público sobre o sindicato de seus servidores, organizações que gozam de total independência, além de terem facilidades em sua organização, ao longo do horário de trabalho, contanto que não prejudiquem o serviço prestado ou a atividade desempenhada.

Há a determinação de que os servidores públicos “gozarão dos direitos civis e políticos essenciais para o exercício normal da liberdade sindical, com reserva apenas das obrigações que se derivem de sua condição e da natureza de suas funções” (art. 9 da Convenção n. 151).²⁶⁴ Há mesmo uma preocupação em permitir que a liberdade sindical deste trabalhador seja plenamente exercida, sem qualquer interferência, seja da Administração, seja da legislação.

O art. 7 da convenção vem em um sentido bastante positivo e propositivo, impondo a adoção pelos países signatários de “medidas adequadas às condições nacionais para estimular e fomentar o pleno desenvolvimento e utilização de procedimentos de negociação entre as autoridades públicas competentes e as organizações de empregados públicos” como forma de propiciar a influência dos trabalhadores na determinação das condições de emprego, não excluindo “quaisquer outros métodos que permitam aos representantes dos empregados públicos participar na determinação de tais condições”.²⁶⁵

Ao longo dos debates, houve proposta de se substituir a expressão “negociação” por “discussão”, por entender-se que o primeiro remeteria exclusivamente a um procedimento de caráter mais formal, enquanto o segundo pode envolver “diálogos” tanto formais quanto mais informais. E ao fim o entendimento foi de que a palavra “negociação” pode sim ter significado tanto formal como informal e que o termo “diálogo” não traz consigo a noção de que era necessário obter-se um acordo.²⁶⁶

A Convenção n. 151 trata ainda de determinar quais são as possíveis soluções alternativas a serem adotadas para a solução de conflitos que envolvam a

a) subordinar o emprego de funcionário público à condição de que não se filie a uma organização de empregados públicos ou a que deixe de ser membro dela;

b) despedir um empregado público, ou prejudicá-lo de qualquer outra forma, devido a sua filiação a uma organização de empregados públicos ou de sua participação nas atividades normais de tal organização.

Disponível em <<http://www.oitbrasil.org.br/node/501>>. Acesso em 10.11.2012.

²⁶⁴ Disponível em <<http://www.oitbrasil.org.br/node/501>>. Acesso em 10.11.2012.

²⁶⁵ Disponível em <<http://www.oitbrasil.org.br/node/501>>. Acesso em 10.11.2012.

²⁶⁶ PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. *La Negociación Coletiva en la Función Pública. Una aproximación constitucional*. p.101-102.

definição das condições de trabalho entre a Administração e o trabalhador, em sendo elas a mediação, a conciliação e arbitragem, mas define que podem ser assim estabelecidas para gerarem a confiança das partes.²⁶⁷

A aprovação do texto da Convenção n. 151 de forma a garantir tanto a liberdade sindical como a de negociação ao servidor tem papel fundamental no trato igualitário entre trabalhadores públicos e privados, não impedindo que haja variações entre um e outro, as quais não atingem o núcleo comum, mas sim adaptações para que se chegue a um fim específico.²⁶⁸

Já a Convenção n. 154 da OIT, cujo objetivo é o fomento à negociação coletiva, foi aprovada pelo Congresso Nacional em 1992 (passando a ter vigência em 1993) e o Decreto n. 1.256/94²⁶⁹ é que a regulamenta, determinando que seja aplicada em todas as suas disposições. A convenção pretende ser aplicada a todos os setores da economia, não se excluindo, portanto, a atividade estatal – com a previsão, no entanto, de que pode haver fixação de padrões próprios de aplicação em relação à Administração Pública. Ela considera como negociação coletiva “todas as negociações que tenham lugar entre, de uma parte, um empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores, e, de outra parte, uma ou várias organizações de trabalhadores”, cujo objetivo seja a resolução de conflitos quanto às relações de trabalho.²⁷⁰

Para Ricardo Pereira, a Convenção n. 154 buscou garantir de forma mais efetiva o direito de negociação coletiva dos trabalhadores públicos, em consonância

²⁶⁷ Art. 8 — A solução dos conflitos que se apresentem por motivo da determinação das condições de emprego tratar-se-á de conseguir, de maneira apropriada às condições nacionais, por meio da negociação entre as partes ou mediante procedimentos independentes e imparciais, tais como a mediação, a conciliação e a arbitragem, estabelecidos de modo que inspirem a confiança dos interessados.

Disponível em <<http://www.oitbrasil.org.br/node/501>>. Acesso em 10.11.2012.

²⁶⁸ PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. *La Negociación Coletiva en la Función Pública*. Una aproximación constitucional. p.102.

²⁶⁹ Art. 1º - A Convenção nº 154, da Organização Internacional do Trabalho, sobre o Incentivo à Negociação Coletiva, concluída em Genebra, em 19 de junho de 1981, apensa por cópia a este decreto, deverá ser cumprida tão inteiramente como nela se contém.

Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D1256.htm>. Acesso em 10.11.2012.

²⁷⁰ Art. 2º — Para efeito da presente Convenção, a expressão ‘negociação coletiva’ compreende todas as negociações que tenham lugar entre, de uma parte, um empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores, e, de outra parte, uma ou várias organizações de trabalhadores, com fim de:

a) fixar as condições de trabalho e emprego; ou
b) regular as relações entre empregadores e trabalhadores; ou
c) regular as relações entre os empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores, ou alcançar todos estes objetivos de uma só vez.

Disponível em <<http://www.oitbrasil.org.br/node/503>>. Acesso em 10.11.2012.

com a estratégia da OIT de avanço gradual na ampliação do conteúdo dos direitos previstos em sua normativa. “En su preámbulo, se afirma que el convenio se destina a reforzar las normas existentes sobre negociación colectiva y que de ellas deben resultar medidas ‘destinadas a fomentar la negociación colectiva libre y voluntaria’”²⁷¹, ou seja, não basta que seja possível a negociação, ela deve ser uma iniciativa voluntária das partes, não uma imposição.

O artigo de maior relevância deste tratado é o 5, constante à parte III, do estímulo à negociação.

Art. 5 — 1. Deverão ser adotadas medidas adequadas às condições nacionais no estímulo à negociação coletiva.

2. As medidas a que se refere o parágrafo 1 deste artigo devem prover que:

- a) a negociação coletiva seja possibilitada a todos os empregadores e a todas as categorias de trabalhadores dos ramos de atividade a que aplique a presente Convenção;
- b) a negociação coletiva seja progressivamente estendida a todas as matérias a que se referem os anexos a, b e c do artigo 2 da presente Convenção;
- c) seja estimulado o estabelecimento de normas de procedimentos acordadas entre as organizações de empregadores e as organizações de trabalhadores;
- d) a negociação coletiva não seja impedida devido à inexistência ou ao caráter impróprio de tais normas;
- e) os órgãos e procedimentos de resolução dos conflitos trabalhistas sejam concedidos de tal maneira que possam contribuir para o estímulo à negociação coletiva.²⁷²

A tentativa é que a negociação possa abarcar todas as classes de trabalhadores, quaisquer que sejam seus empregadores. Não se exclui assim o servidor público em relação à Administração. E ainda, determina que o país signatário legisle nesse mesmo sentido, com a intenção de promover de forma plena a negociação, sendo que tais medidas não podem vir em sentido contrário a esta convenção, ou seja, não podem obstruir esta possibilidade – podem regulamentá-la, adequá-la à realidade nacional, podem até mesmo limitá-la no que seja compatível com a liberdade na concretização desse direito (a exemplo do próprio servidor público), contanto que não impeçam que seja exercido.

E cabe novamente ressaltar o que talvez seja a maior virtude deste tratado: permitir a inclusão da negociação coletiva enquanto um direito social do servidor

²⁷¹ PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. *La Negociación Colectiva en la Función Pública*. Una aproximación constitucional. p.102.

²⁷² Disponível em <<http://www.oitbrasil.org.br/node/503>>. Acesso em 10.11.2012.

público sem que seja necessário renunciar ao regime jurídico administrativo a ele aplicado. Ademais, uma vez que foi superada a inclusão da negociação coletiva como conteúdo genérico da liberdade sindical do servidor, está claro que seu conteúdo específico ainda passa por problemas, tais como a legalidade remuneratória ou a supremacia do interesse público, mas não são problemas intransponíveis nem configuram obstáculos para a efetiva negociação.²⁷³

Além destes dois instrumentos, a OIT tem também a Recomendação n. 159 de 1978²⁷⁴, que não tem caráter vinculante, atuando como uma diretriz, um acessório que envolve princípios e direitos em relação a determinada convenção. Esta recomendação complementa justamente a Convenção n. 151 da OIT. Ela determina que os sujeitos (pessoas ou órgãos) “competentes para negociar em nome da autoridade pública concernente e o procedimento para dar efeito aos termos e condições de trabalho acordados devem ser definidos por lei ou regulamentos nacionais ou por outros meios apropriados”²⁷⁵. Trata-se de uma garantia de segurança aos trabalhadores e sindicatos, para que tenham ciência de com quem poderão dialogar em torno do atendimento de suas demandas.

A resolução define também que quando ocorra a utilização de outros métodos alternativos de resolução de conflitos ou de definição das condições de trabalho dos servidores públicos, “o procedimento para essa participação e para a definição final dessas matérias deve ser estabelecido por leis ou regulamentos nacionais ou por outros meios apropriados”, também em um sentido de dar segurança jurídica, assim como é esta a intenção ao definir que quando há a conclusão de um acordo coletivo de trabalho entre a Administração e os servidores “normalmente deve ser especificado o período durante o qual deve vigorar e/ou o procedimento que deve ser seguido quanto à sua vigência, renovação ou revisão”.²⁷⁶

O que se pode notar é a tentativa da Organização Internacional do Trabalho não apenas de garantir que o servidor exerça o seu direito à organização sindical de

²⁷³ PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. *La Negociación Coletiva en la Función Pública*. Una aproximación constitucional. p.104.

²⁷⁴ Disponível em <<http://www.oit.org.br/content/sobre-os-procedimentos-para-defini%C3%A7%C3%A3o-das-condi%C3%A7%C3%B5es-de-emprego-no-servi%C3%A7o-p%C3%ABlico>>. Acesso em 10.11.2012.

²⁷⁵ Disponível em <<http://www.oit.org.br/content/sobre-os-procedimentos-para-defini%C3%A7%C3%A3o-das-condi%C3%A7%C3%B5es-de-emprego-no-servi%C3%A7o-p%C3%ABlico>>. Acesso em 10.11.2012.

²⁷⁶ Disponível em <<http://www.oit.org.br/content/sobre-os-procedimentos-para-defini%C3%A7%C3%A3o-das-condi%C3%A7%C3%B5es-de-emprego-no-servi%C3%A7o-p%C3%ABlico>>. Acesso em 10.11.2012.

forma plena e que possa, por meio dele, buscar dialogar com o seu empregador, que é a Administração, acerca das condições a que se submete. Em um sentido amplo, a Convenção n. 151 é uma representação perfeita daquilo que o Ministro Marco Aurélio defendeu em seu voto quando do julgamento da ADI n. 492: não há nada de “majestático” no Estado que o impeça de dialogar com seus trabalhadores. Ademais, ela abarca também a visão de uma Administração menos hierárquica em relação aos seus administrados e servidores, visão própria da constitucionalização deste ramo. A abertura da Administração conforma-se com a aplicação dos princípios constitucionais e com a dignidade da pessoa humana superando, em grau de importância, a supremacia do interesse público. Todos estes aspectos podem ser percebidos na Convenção, de forma que não faria sentido que o Brasil não a tivesse ratificado – ainda que tardiamente, como o fez.

Uma vez que ambas as convenções envolvem direitos sociais de trabalhadores, é evidente que estão incluídas no que se entende ser o rol de direitos fundamentais materialmente constitucionais, tendo aplicabilidade imediata. Além disso, o fato de o Poder Público não ter dado concretude ao direito do servidor à negociação coletiva das suas condições de trabalho, trata-se de um posicionamento materialmente inconstitucional, por todo o já exposto.

E há também uma questão de legislação internacional que se impõe nesse caso. Ao ratificar uma convenção, o país signatário compromete-se a aplicá-la tanto em sua legislação quanto em suas práticas nacionais, inclusive devendo encaminhar relatórios à Organização Internacional do Trabalho acerca da aplicação de tais normas. Elas são legalmente vinculantes. De qualquer lado que se analise a questão, seja em relação à legislação interna ou internacional, o Brasil está vinculado à aplicação de tal norma e deve, portanto, viabilizar o direito à negociação coletiva do servidor público.²⁷⁷

²⁷⁷ Em relação à aplicação das convenções internacionais de direitos humanos, é necessário que se aponte a questão atual do Controle de Convencionalidade. Valério de Oliveira Mazzuoli defende a possibilidade de interposição de ADI, ADECON e ADPF para adequação de normas infraconstitucionais às Convenções ratificadas pelo país, já que teriam status de norma constitucional (“equivalentes à Constituição”). E, como é o Supremo Tribunal Federal que guarda a Constituição, segundo o art. 102, I, a, da Carta de Direitos, também a ele caberia a guarda de tais tratados. O autor defende, portanto, que a lei que viole tratados internacionais de direitos humanos deve passar pelo Controle de Convencionalidade concentrado, a ser julgado pela Corte Constitucional brasileira. Nesse mesmo sentido, tais normas de caráter internacional deveriam ser aplicadas diretamente pelo Judiciário brasileiro, além de revogar as leis ordinárias que com elas entrem em conflito. (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O Controle de Convencionalidade das Leis*. Disponível em <<http://www.lfg.com.br>. 06 de abril de 2009>. Acesso em 10.11.2012.).

Há a necessidade de flexibilização dos acordos coletivos e das normas pactuadas internacionalmente. As restrições não são contrárias aos princípios da negociação e podem mesmo servir para que seja aplicada da maneira mais adequada ao país signatário. Para tanto, é fundamental que haja interação entre o Legislativo, o Executivo e os servidores, devendo a interação ser orientada pelo princípio da boa-fé. Dessa forma, pode-se garantir plenamente a faculdade de eleger suas condições de trabalho ao servidor, o que é um elemento essencial da dignidade humana.²⁷⁸

3.3. Projeto de Lei n. 710/2011

O Projeto de Lei n. 710/2011²⁷⁹ do Senado Federal presta-se à regulamentação do direito de greve do servidor público no Brasil na tentativa de sanar o hiato legislativo de, hoje, 24 anos de mora. Segundo o art. 1º do projeto, serão abarcados pela lei os servidores da Administração direta, fundacional e autárquica, sejam eles da União, dos Estados, Municípios ou do Distrito Federal, ou seja, trata-se de projeto de lei geral sobre o tema, que compreenderá a coletividade dos servidores brasileiros. O objetivo é dar eficácia plena à norma constitucional do art. 37, VII, atribuindo a devida densidade legislativa que lhe falta, substituindo por completo a aplicação subsidiária da Lei n. 7.783/89 em relação aos trabalhadores do setor público brasileiro.

O mesmo art. 1º do projeto de lei determina que não são servidores públicos para seus efeitos os Senadores, Deputados Federais, Deputados Distritais, Deputados Estaduais, Vereadores, Ministros de Estado, Diplomatas, Secretários Estaduais, Secretários Municipais, membros do Poder Judiciário e do Ministério Público. Quanto aos cargos de caráter político, há mesmo sentido em não serem considerados servidores públicos, pois além de ser uma relação transitória (renovada a cada quatro ou oito anos, a depender da reeleição), constitui um múnus público. Não são servidores, mas sim agentes políticos.²⁸⁰ A opção pela exclusão dos membros do judiciário pode ser justificada também pela questão do múnus

²⁷⁸ PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. *La Negociación Coletiva en la Función Pública*. Una aproximación constitucional. p.105.

²⁷⁹ SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei n. 710/2011*. Disponível em <<http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/100334.pdf>>. Acesso em 10.11.2012.

²⁸⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. p.247-248.

público e por ser um serviço essencial e exclusivo do Estado, inviabilizando assim que possa entrar em greve – o que não impede que seus servidores o façam.

Para o projeto, a greve é a “paralisação coletiva, total ou parcial, da prestação de serviço público ou de atividade estatal dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” (art. 2º), de forma que a entidade sindical dos servidores deve convocar assembleia geral que defina as reivindicações da categoria e delibere sobre a paralisação, devendo as formalidades de convocação e deliberação observar o princípio da máxima representatividade. E ela já prevê que é a entidade sindical ou a comissão especialmente eleita que representará os interesses dos servidores nas negociações coletivas ou em juízo (art. 4º), admitindo justamente a possibilidade dessa negociação.

Há um capítulo específico acerca da negociação coletiva entre o servidor público e a Administração e os meios alternativos para solução de conflitos. A primeira previsão quanto à negociação coletiva demonstra que ela deve ser uma alternativa prévia à paralisação. Uma vez que haja reivindicações, estas devem ser encaminhadas ao poder público, que poderá acolhê-las, apresentar proposta conciliatória ou fundamentar a impossibilidade de atendê-las. E o projeto prevê também a observância das disposições da Convenção n. 151 da OIT, dos termos do Decreto presidencial que a incorporou ao ordenamento jurídico pátrio.

O Poder Público, ao receber as demandas dos servidores, deve instalar mesa emergencial de negociação. Caso seja aprovado o acordo de forma integral, encerra-se a negociação coletiva. Caso o acordo coletivo em questão envolva cláusulas de reserva legal ou reserva de iniciativa, estas “serão encaminhadas ao titular da iniciativa da respectiva lei, para que as envie, na forma de projeto, ao Poder Legislativo, obedecidas as balizas orçamentárias e as de responsabilidade fiscal”, termos como dispõe o art. 7º, § 2º, do projeto de lei. Resta evidente que as preocupações da doutrina brasileira, como os já mencionados Luís Guimarães²⁸¹ e Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁸², em relação ao respeito (quase obsessivo) ao princípio da legalidade administrativa e remuneratória em nada devem temer, já que a lei cuida expressamente de defendê-los. Ainda que haja acordo entre Administração e sindicato, no que trate de remuneração ainda deverá haver a edição

²⁸¹ GUIMARÃES, Geraldo Luís Spagno. *Servidores públicos: os nortes constitucionais da greve, da sindicalização e da negociação coletiva*. In: FORTINI, Cristiana (org.). *Servidor Público*. Estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. p.133-135.

²⁸² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. p.564-566.

de lei que trate do tema – que poderá, no caso, ser uma reprodução do acordo, e inclusive seria a melhor opção do legislador o respeito pelo acordo ali firmado. No entanto, caso entenda que os termos em que se encerrou a negociação desrespeitam o orçamento público, então poderá seguir por outro caminho.

Se a negociação não for suficiente, poderá ser utilizada a mediação, conciliação, arbitragem, enfim, instrumentos alternativos de resolução de conflitos. Para tanto, é necessário que haja consenso entre servidores públicos e Administração. Se ainda assim não houver acordo, a questão será submetida ao Judiciário. Nota-se, assim, a preocupação do legislador em exaurir os meios conciliatórios antes de possibilitar que a questão tenha que ser decidida por um juiz, dando máxima efetividade ao conteúdo dessa negociação.

Não sendo atendidas as reivindicações por esses meios prévios, é prerrogativa dos servidores a deflagração da greve, desde que sejam atendidos os requisitos do art. 10²⁸³, que parecem ser bastante razoáveis, uma vez que buscar garantir que a Administração organize-se, que a população tenha conhecimento da greve e possa buscar serviços alternativos – e mesmo que possa tomar conhecimento de quais são as demandas desses trabalhadores. E os grevistas podem empregar meios pacíficos para convencer outros servidores a aderirem ao movimento, bem como podem angariar fundos para a divulgação da greve, contanto que não restrinjam direitos de outras pessoas nem impeçam que os servidores que não estejam em greve ingressem no local de trabalho.

Ainda que a greve não suspenda o vínculo funcional, ela pode representar o desconto dos dias não trabalhados da remuneração do servidor, assim como esses dias não podem ser considerados na contagem de tempo de serviço de qualquer natureza. Pode haver compensação dos dias em período de greve quando do

²⁸³ Art. 10. São requisitos para a deflagração da greve, que deverão ser cumpridos até o décimo quinto dia que antecede o início da paralisação:

I – demonstração da realização de tentativa infrutífera de negociação coletiva e da adoção dos métodos alternativos de solução de conflitos de que trata esta Lei, obedecidas as balizas constitucionais e legais de regência e o disposto nesta Lei;

II – comunicação à autoridade superior do órgão, entidade ou Poder respectivo;

III – apresentação de plano de continuidade dos serviços públicos ou atividades estatais, consoante definição contida nos arts. 18 e 19 desta Lei, inclusive no que concerne ao número mínimo de servidores que permanecerão em seus postos de trabalho;

IV – informação à população sobre a paralisação e as reivindicações apresentadas ao Poder Público;

V – apresentação de alternativas de atendimento ao público.

Parágrafo único. A greve deflagrada sem o atendimento dos requisitos previstos neste artigo é considerada ilegal.

SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei n. 710/2011*. Disponível em <<http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/100334.pdf>>. Acesso em 10.11.2012.

retorno ao trabalho, havendo a previsão de limitação dessa compensação a 30% do período de paralisação e devendo ser prevista em convenção coletiva. Para os servidores em estágio probatório também há essa possibilidade de compensação, não havendo impedimento que estes venham a aderir ao movimento paredista.

Há também uma previsão protetiva ao servidor no art. 15 do projeto de lei, vedando que o Poder Público possa demitir, exonerar, remover, substituir, transferir ou adotar qualquer outra medida contra o servidor em greve, durante a greve e em razão dela. Trata-se de uma maneira de reafirmar o direito de greve enquanto um direito fundamental, inafastável (ainda que limitável), que não pode vir a prejudicar o direito de manutenção do vínculo desse servidor com o Estado.

Da mesma forma que há proteção ao servidor, há proteção ao administrado, aquele que conta com o serviço público que está paralisado, de forma que os serviços essenciais (que afetam a vida, a saúde e a segurança do cidadão) ou que, caso completamente paralisados, resultem em prejuízo irreparável, pela deterioração irreversível de bens, máquinas e equipamentos, bem como a manutenção daqueles essenciais à retomada das atividades do órgão, quando da cessação do movimento devem ser mantidos. E são justas tais disposições tanto no sentido de continuidade do serviço público como na limitação do direito de greve na medida em que ele atinja um direito fundamental alheio, tal como o direito à prestação médica, o acesso a medicamentos, ao tratamento de esgoto e água, entre outros.

Quanto aos serviços não-essenciais, cuja paralisação não implique em tamanhas consequências ao cidadão, o projeto de lei prevê que sejam mantidos em funcionamento 50% desses serviços, sendo que nos essenciais o percentual previsto é de 60%. Aparentemente, são desproporcionais tais percentuais. Se um serviço é considerado essencial, natural seria que houvesse diferença muito mais acentuada entre eles. Talvez o 50% dos serviços não-essenciais seja uma proporção bastante elevada (hoje é de 30% a porcentagem que deve ser mantida), dificultando um pouco a organização. E, caso o percentual em questão não venha a ser respeitado pelos grevistas no prazo de 48 horas da decisão judicial que determine sua manutenção, o Estado pode contratar temporariamente para garantir a manutenção do serviço.

Haverá cessação da greve por decisão assemblear, acordo ou cumprimento de sentença arbitral ou por decisão do Judiciário. Após tais eventos, torna-se abuso

de direito a manutenção da greve, a não ser que haja disposição de uma condição ainda não cumprida pela Administração para que seja efetivado o fim do movimento paretista ou que haja fato superveniente que lhe dê ensejo. Quando cessada, não pode haver punição ao servidor grevista.

O julgamento dos assuntos da greve torna-se, com este projeto de lei, prioritários ao Judiciário brasileiro, atrás apenas do habeas corpus e mandado de segurança. Sendo submetida a análise da greve ao Poder Judiciário, o juízo ou Tribunal da causa decidirá, inicialmente, sobre a eventual inexistência de efetivo interesse de uma das partes em implementar o processo de negociação coletiva de que trata o projeto, após o que, o julgamento seguirá o ali disposto. O poder público, após a decisão judicial favorável às demandas dos servidores, terá trinta dias para tomar as medidas necessárias ao seu cumprimento, sendo cabível inclusive multa diária caso venha a ser descumprido o prazo, bem como sanções civis, penais e administrativas aos agentes que deem causa ao atraso ou ao descumprimento da decisão.

Pode haver decisão judicial a considerar a greve ilegal. Nesses casos, a contar da intimação da entidade sindical representativa desses servidores acerca da decisão, os trabalhadores paretistas terão quarenta e oito horas para regressar aos seus postos, encerrando o movimento. Da mesma forma como em relação ao Poder Público, estará sujeito o sindicato a multa diária pela mora, em valores proporcionais àquilo que seja capaz de pagar a entidade. É, de certa forma, uma demonstração da posição mais isonômica que a entidade representativa dos trabalhadores públicos assume em relação à Administração. Quanto aos servidores que individualmente deixem de cumprir a decisão, é cabível em relação a eles um processo administrativo de caráter disciplinar.

O Projeto de Lei n. 710/2011 reafirma a impossibilidade de greve dos funcionários das Forças Armadas, Policiais Militares e membros dos Corpos de Bombeiros Militares. Cabe uma vez mais a ressalva de que estes sujeitos foram excluídos do conceito de servidor público trazido constitucionalmente por meio da Emenda Constitucional n. 19/98.

A justificação deste projeto de lei é muito interessante, além de sincera, reconhecendo a imensa mora legislativa – não que pudesse afastar a temática tão eloquente. Além disso, observa que, em relação à greve e negociação coletiva do servidor público, “diferentemente do que ocorre no setor privado, não há oposição

entre o capital e o trabalho, e, sim, entre o Estado e seus servidores, com claros reflexos no atendimento das demandas mais essenciais da sociedade”²⁸⁴.

Ainda, a justificação atenta para a ineficiência e falta de razoabilidade nas decisões pontuais trazidas pelo Judiciário brasileiro, em especial frente a uma questão de complexidade tão acentuada. Ressalta também os inúmeros mandados de injunção das entidades sindicais dos servidores públicos que foram apreciados pelo Supremo Tribunal Federal até que fosse tornado viável, ainda que não da forma mais adequada, o direito de greve dos servidores, que este projeto mesmo define como um “direito social fundamental”. Quanto aos julgamentos que significaram avanços (os Mandados de Injunção n. 670 e 712 são os mencionados), o projeto diz ser inquestionável o significativo avanço ali representado por conta da fixação de uma diretriz normativa, ainda que esta seja incompleta e precária, permanecendo a responsabilidade legislativa do Congresso Nacional.

É por esse motivo que há um “poder-dever” das Casas Legislativas na deliberação sobre essa matéria, cuja relevância é muito grande por contar “de um lado, com o exercício do direito de greve por parte dos servidores públicos, e, de outro, com a necessidade da sociedade de ver prestados serviços públicos com qualidade e sem solução de continuidade”²⁸⁵.

O pressuposto do Projeto de Lei n. 710/2011 foi a greve enquanto recurso extremo, devendo vir antes as tentativas de solução negociada. Além disso, “há que se registrar a ênfase conferida à tentativa de desjudicialização do conflito”, ou seja, a fuga do legislador dos meios judiciais, numa tentativa de privilegiar a via do diálogo para garantir (ou tentar garantir) a resolução do conflito. O projeto prevê que as tentativas prévias devem prevalecer, “seja por intermédio da negociação coletiva envolvendo os servidores e o Estado (...), seja pelo recurso aos métodos alternativos de solução do conflito como a mediação, a conciliação ou a arbitragem (...)”.²⁸⁶

Em relação à Convenção nº 151 da OIT que, como já explicitado, foi aprovada no ano de 2010 pelo Congresso Nacional e trata das relações de trabalho em relação à Administração Pública, o projeto considera que ele adota e detalha suas principais diretrizes – o que é inegável. “Na disciplina da negociação coletiva são

²⁸⁴ SENADO FEDERAL. *Justificação do Projeto de Lei n. 710/2011*. p.16. Disponível em <<http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/100334.pdf>>. Acesso em 10.11.2012.

²⁸⁵ SENADO FEDERAL. *Justificação do Projeto de Lei n. 710/2011*. p.18. Disponível em <<http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/100334.pdf>>. Acesso em 10.11.2012.

²⁸⁶ SENADO FEDERAL. *Justificação do Projeto de Lei n. 710/2011*. p.20. Disponível em <<http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/100334.pdf>>. Acesso em 10.11.2012.

feitas, obviamente, ressalvas à necessária observância das balizas constitucionais referentes ao regime jurídico e à remuneração dos servidores”, respeitando a legalidade do regime remuneratório do servidor público.²⁸⁷

E a justificação por fim declara que acredita ter alcançado “certo equilíbrio entre as legítimas e justas demandas dos servidores públicos quanto ao exercício de um direito fundamental e a necessidade da sociedade em ver preservada a continuidade da prestação dos serviços públicos”.²⁸⁸ Acredita-se que o legislador está certo. Há ressalvas que podem ser feitas em relação às disposições do projeto, mas, no geral, ele atinge os objetivos a que se presta. Não apenas coloca fim à absurda mora legislativa de mais de duas décadas quanto à greve do servidor público, mas também abarca de forma muito significativa a possibilidade de negociação coletiva, encontrando certa solução inclusive à questão da legalidade administrativa – e aqui, uma pequena crítica, já que se mantém a noção de legalidade estrita quanto à remuneração, ainda que esta esteja gradualmente sendo superada pela noção da juridicidade, como se demonstrou neste estudo. Ainda, pode importar em uma lei que em nada atenda as demandas dos trabalhadores, uma grave consequência.

No entanto, sabe-se que dificilmente um projeto de lei é perfeito a ambos os lados interessados, de forma que o presente é bastante razoável tanto para servidores quanto para a Administração.

²⁸⁷ SENADO FEDERAL. *Justificação do Projeto de Lei n. 710/2011*. p.20-21. Disponível em <<http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/100334.pdf>>. Acesso em 10.11.2012.

²⁸⁸ SENADO FEDERAL. *Justificação do Projeto de Lei n. 710/2011*. p.21. Disponível em <<http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/100334.pdf>>. Acesso em 10.11.2012.

CONCLUSÃO

As conclusões deste estudo estão sistematizadas de acordo com as disposições de cada capítulo:

1. 1. O fenômeno da constitucionalização do direito, em especial no que tange ao direito administrativo, trouxe maior abertura ao ordenamento jurídico pátrio, sobretudo com a possibilidade de alargamento do rol de direitos fundamentais, com a ampliação da relevância dos princípios constitucionais e com a dignidade da pessoa humana como foco de toda a atuação jurídica e administrativa, além de ser critério de validade dos atos administrativos. Os princípios em questão passam a reger o direito administrativo e a sua relação com os servidores públicos. Além disso, os parágrafos do art. 5º da Constituição Federal assumem papel essencial aos direitos e garantias fundamentais, justamente por permitirem a aplicabilidade imediata das normas que os preceituam, a abertura do sistema a outras normas que venham a ampliar o catálogo desses direitos e a possibilidade de normas internacionais atuarem nesse sentido e com a mesma aplicabilidade imediata.

1. 2. O servidor público, cidadão que atua enquanto trabalhador para a Administração, foi amplamente tutelado pela Constituição, que delineou todo o regime jurídico em que este sujeito foi inserido – regime jurídico de caráter administrativo. A doutrina majoritária entende que esse regime pode ser modificado apenas por lei, o que é questionável (questionamentos que este trabalho buscou apontar), mesmo porque a juridicidade administrativa substituiu a legalidade estrita, então assim também deve ser observada quanto ao servidor. Ainda que de fato exista um princípio da legalidade remuneratória, ele não é suficiente para adequar-se ao servidor na atualidade.

1. 3. O direito internacional dos direitos humanos assume, assim, importância ímpar nessa nova ordem constitucional, em especial pelos parágrafos do art. 5º da Constituição, que preveem a aplicabilidade imediata dessas normas e a possibilidade de assumirem status constitucional. O fato de o §3º desse artigo definir um procedimento específico à incorporação desses tratados ao direito brasileiro não impede que sejam, desde o momento em que passam a produzir efeitos, normas materialmente constitucionais, integrando o bloco de constitucionalidade.

2. A Constituição de 1988 trouxe também a previsão expressa dos direitos de greve e sindicalização do servidor público, além de uma possibilidade de negociação

coletiva entre este ele e a Administração – a possibilidade envolve a definição da jornada de trabalho e compensações. O avanço do ponto de vista da dignidade do servidor foi muito grande, uma vez que se abriu à possibilidade de enxergá-lo como trabalhador, com a prerrogativa de gozar dos direitos inerentes a essa condição.

Os direitos do servidor público de sindicalização, greve e negociação coletiva assumem a forma de direitos sociais, uma vez que são direitos dos trabalhadores e que pressupõe prestações do Estado. São coletivos uma vez que dependem de um grupo social, uma coletividade, para seu exercício. Ainda, são fundamentais por tratar-se de direitos que englobam a noção de dignidade humana e estão positivados no texto constitucional, além de serem reafirmados por tratados internacionais de direitos humanos, cujas normas assumem status constitucional.

2. 1. A sindicalização tomou forma desde logo (desde a promulgação da Constituição), sendo possível a organização dos trabalhadores do setor público em torno de suas associações profissionais sem a necessidade de autorização da Administração. Além disso, pode haver organização em diferentes formas, seja enquanto a totalidade dos servidores de uma localidade ou divididos em torno da categoria a que pertencem profissionalmente, isso sem romper com a lógica da unicidade sindical. Essas organizações guardam especial significado no que diz respeito às lutas por melhores condições dos servidores, seja em aspectos salariais ou sociais.

2. 2. A greve, por sua vez, exigiu mais persistência dos servidores, e dos próprios sindicatos, pra ser verdadeiramente garantida. Isso porque até hoje ainda não há uma lei específica que regulamente, configurando a mora legislativa do Congresso Nacional, mora que foi constatada pelo Supremo Tribunal Federal nos julgamentos do Mandado de Injunção n. 20/DF, embora nesse primeiro julgamento a Corte tenha se limitado a reconhecê-la, sem nada mudar em relação à efetivação do direito em questão. Os demais julgamentos, Mandados de Injunção n. 670/ES, 708/PB e 712/PA, buscaram regulamentar, ainda que não da forma mais adequada possível, esse direito – e assim o fizeram determinando que fosse aplicada à greve do servidor público a lei n. 7.783/89, que tutela a greve no setor privado. Evidentemente que o problema está no atraso do Legislativo, não na solução que o Judiciário apresentou. Mesmo porque o próprio Supremo já havia determinado ao Congresso que legislasse sobre o tema, inclusive dando prazo para que assim o

fizesse. Isso ocorreu em 1994 e até agora não foi apresentada uma solução decente para essa questão.

2. 3. Apesar da grande relevância do debate acerca da natureza jurídica do vínculo entre a Administração e o servidor, qualquer que seja o regime adotado – contratual/bilateral ou estatutário/unilateral – deve haver a garantia à negociação coletiva, uma vez que este decorre da própria Constituição. A negociação é hoje uma das formas mais democráticas de resolução de conflitos de trabalho. E ao lado dela, a sindicalização e a greve assumem fundamental importância no avanço das conquistas dos servidores públicos, reconhecidos em sua condição de trabalhador.

3. 1. Mesmo que envolva salários, não há qualquer barreira ao acordo coletivo entre trabalhador público e Administração, uma vez que não se deve mais interpretar a legalidade remuneratória enquanto conceito engessado. Ela pode significar a opção pela juridicidade administrativa, envolvendo a Constituição como centro do ordenamento e, assim, não havendo empecilhos à possibilidade de negociação. A outra visão vem na forma como o Projeto de Lei n. 710/2011 coloca, ou seja, havendo respeito tanto à legalidade quanto à negociação. Isso porque há a previsão da negociação e seu produto, o acordo ou convenção coletiva, deve ser encaminhado ao Congresso Nacional para a formulação da lei específica a reger as relações de trabalho deste servidor, em especial no que tange à remuneração.

O fato de o art. 7º, XXVI, ter se omitido quanto ao tema não é proibição suficiente ao direito. Da mesma forma, o art. 39, § 3º, não ter feito remissão expressa ao inciso do art. 7º acima não significa uma proibição ou exclusão, mesmo porque houve o reconhecimento dos direitos que tem por consequência justamente a existência de um diálogo aberto que envolva tanto o poder público empregador quanto o trabalhador. Esse diálogo é possível uma vez que se entenda que a relação entre eles é bilateral, não sendo incompatível a negociação coletiva.

3. 2. O direito internacional, da mesma forma, voltou-se à proteção desses trabalhadores, atento à necessidade de proteção da possibilidade de se firmar um acordo coletivo entre Administração e servidor. A Convenção n. 151 da Organização Internacional do Trabalho tratou da sindicalização e das relações de trabalho, determinando a necessidade de influência dos trabalhadores na determinação das condições de trabalho, além de estabelecer, da mesma forma como a Recomendação n. 159 da OIT, a necessidade de a legislação nacional voltar-se aos

mesmos temas. A Convenção n. 154 do mesmo órgão veio reforçar tais direitos, colocando-os como direitos sociais e prezando pela negociação livre e voluntária.

3. 3. Como se percebeu, a legalidade remuneratória do servidor, estabelecida pela Constituição, e o regime jurídico administrativo (tido também como estatutário), não devem ser empecilhos à possibilidade de negociação. Pode haver flexibilização do princípio ou ainda pode haver respeito integral a ele, com o acordo coletivo sendo encaminhado ao Congresso Nacional para que legisle sobre a remuneração em conformidade com o que foi acordado pelas partes. É o que se apresenta como opção pelo Projeto de Lei n. 710/2011.

Quanto às demais condições de trabalho, não há dúvidas de que é possível a negociação coletiva, sem necessidade de lei posterior que dê concretude, seja por previsão constitucional, jurisprudencial (OJ n. 05 da Sessão de Dissídios Coletivos do TST) ou por norma de tratado internacional.

O mesmo projeto de lei, o de n. 710/2011, traz também a regulamentação da greve do servidor público. Ele estabelece a greve como uma alternativa de pressão dos servidores quando não sejam frutíferas as negociações e obedecidas as formalidades necessárias. O projeto parece ser um grande avanço, ainda que não seja o ideal estabelecer que 50% dos trabalhadores (ou 60%, no caso de serviços essenciais) devem permanecer prestando serviços, pois acaba retirando muito a força do movimento.

Greve e sindicalização não tem sentido de existirem e de serem garantidas ao servidor público se não houver a consequente possibilidade de negociação. Ademais, é dessa forma que o sindicato executa seu fim precípua, a defesa do trabalhador em todos os seus aspectos, e que a greve impõe o menor ônus possível à Administração, aos cidadãos e aos servidores, pois tem a possibilidade de ser resolvida mais rapidamente ou de nem mesmo ser deflagrada, em havendo acordo satisfatório entre poder público e servidores previamente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 1998.
2. ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Negociação Coletiva dos Servidores Públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
3. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *A estabilidade do ato administrativo criador de direitos à luz dos princípios da moralidade, da segurança jurídica e da boa-fé*. In: *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. p.291-313. Ano 10, n. 40, abr./jun. 2010. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
4. _____. *Processo Administrativo Disciplinar*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
5. BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. In: *Biblioteca Digital Fórum de Direito Público*, ano 5, n. 33, set./out. 2005. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005.
6. BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. 2. ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
7. BORGES, Maria Cecília Mendes. *Greve na Administração Pública: estudo comparado das realidades jurídicas argentina e brasileira*. In: *Biblioteca Digital Fórum de Direito Público*, ano 7, n. 77, jul. 2007. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.
8. BRASIL. *Consolidação das Leis Trabalhistas*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em 10.11.2012
9. _____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1969 (Emenda Constitucional n. 1)*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em 10.11.2012
10. _____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 10.11.2012.
11. _____. *Decreto Presidencial n. 1.480/95*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1480.htm>. Acesso em 10.11.2012.

12. _____. *Lei Federal n. 7.783/89*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7783.htm>. Acesso em 10.11.2012.
13. _____. *Lei Federal n. 8.112/90*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em 10.11.2012.
14. _____. *Lei Federal n. 9.527/97*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9527.htm>. Acesso em 10.11.2012.
15. _____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 492-1/DF*. Relatoria: Ministro Carlos Velloso. Julgamento em 12.11.1992. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=266382&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%20492>>. Acesso em 10.11.2012.
16. _____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção n. 20-4/DF*. Relatoria: Ministro Celso de Mello. Julgamento em 19.05.1994. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=81733&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20MI%20/%2020>>. Acesso em 10.11.2012.
17. _____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção n. 631-8/MS*. Relatoria: Ministro Ilmar Galvão. Julgamento em 15.05.2002. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=81883&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20MI%20/%20631>>. Acesso em 10.11.2012.
18. _____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção n. 670-9/ES*. Relator Originário: Ministro Mauricio Correa. Relator para o Acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em 25.10.2007. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=558549&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20MI%20/%20670>>. Acesso em 10.11.2012.
19. _____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção n. 708-0/PB*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento em 25.10.2007. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=558551&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20MI%20/%20708>>. Acesso em 10.11.2012.
20. _____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Injunção n. 712-8/PA*. Relator: Ministro Eros Grau. Julgamento em 25.10.2007. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=558553&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20MI%20/%20712>>. Acesso em 10.11.2012.
21. _____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n. 679*<<http://www.stf.jus.br/>

portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_601_700>.
Acesso em 10.11.2012.

22. BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. *A sindicalização no serviço público*. Curitiba: Genesis, 1996.

23. CAMMAROSANO, Márcio. *O Estado Empregador*. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello (Coord.); ALCÂNTARA, Maria Emília Mendes; AMARAL, Antônio Carlos Cintra do; BEZNOS, Clóvis; CAMMAROSANO, Márcio; DALLARI, Adilson Abreu; FERRAZ, Sérgio; FIGUEIREDO, Lúcia Valle; GRAU, Eros Roberto. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986.

24. DALLARI, Adilson Abreu. *Regime constitucional dos servidores públicos*. 2. ed., revista e atualizada de acordo com a Constituição Federal de 1988. 2. tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

25. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

26. FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *A constitucionalização do direito administrativo e as políticas públicas*. In: *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. p.271-290. Ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

27. _____. *Greve do Servidor Público*. In: *Revista de Direito Administrativo Aplicado*. p.723-731. Curitiba: Genesis, 1995.

28. GABARDO, Emerson. *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.

29. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *A greve no serviço público*. In: Biblioteca Digital Fórum de Direito Público, ano 10, n. 49, maio 2008. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

30. GUIMARÃES, Geraldo Luís Spagno. *Servidores públicos: os nortes constitucionais da greve, da sindicalização e da negociação coletiva*. In: FORTINI, Cristiana (org.). *Servidor Público*. Estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

31. GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Angel. *Democracia, Derechos Humanos y Administración Pública*. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. GABARDO, Emerson. HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental*. p. 299-307. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

32. HACHEM, Daniel Wunder. *Mandado de Injunção e Direitos Fundamentais*. Prefácio de Clèmerson Merlin Clève. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
33. _____. *Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público*. Prefácio de Romeu Felipe Bacellar Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
34. HASSON, Roland. *Sindicalização dos Servidores Públicos*. Aspectos da Constituição de 1988. 1996. 93f. Tese (Mestrado em Direito) – Curso de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba. 1996.
35. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010.
36. MATOS, Marcelo Badaró. *Trabalhadores e sindicatos no Brasil*. 1. ed. São Paulo: Editora Expressão Popular, 2009.
37. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O novo 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia*. In: Jornadas de Direito Internacional Público do Itamaraty, 2005, Brasília. *Desafios do Direito Internacional Contemporâneo*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2005. p. 379-412.
38. MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 11. ed. revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
39. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 38. ed. atualizada até a Emenda Constitucional 68, de 21.12.2011. São Paulo: Malheiros, 2012.
40. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. revista e atualizada até a Emenda Constitucional 64, de 4.2.2012. São Paulo: Malheiros, 2010.
41. _____. *Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.
42. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. t. IV: Direitos fundamentais. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
43. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Pacto de San José da Costa Rica. San José, 1969. Disponível em <http://www.aidpbrasil.org.br/arquivos/anexos/conv_idh.pdf>. Acesso em 10.11.2012.
44. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção n. 151. Direito de Sindicalização e Relações de Trabalho na Administração*

Pública. Genebra, 1978. Disponível em <<http://www.oit.org.br/node/501>>. Acesso em 10.11.2012.

45. _____. *Convenção n. 154*. Fomento à Negociação Coletiva. Genebra, 1981. Disponível em <<http://www.oit.org.br/node/503>>. Acesso em 10.11.2012.

46. _____. *Convenção n. 87*. Liberdade Sindical e Proteção ao Direito de Sindicalização. Genebra, 1958. Disponível em <<http://www.oit.org.br/content/liberdade-sindical-e-prote%C3%A7%C3%A3o-ao-direito-de-sindicaliza%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em 10.11.2012.

47. _____. *Recomendação n. 159*. Sobre os Procedimentos para a Definição das Condições de Emprego no Serviço Público. Genebra, 1978. Disponível em <<http://www.oit.org.br/content/sobre-os-procedimentos-para-defini%C3%A7%C3%A3o-das-condi%C3%A7%C3%B5es-de-emprego-no-servi%C3%A7o-p%C3%BAblico>>. Acesso em 10.11.2012.

48. OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública*: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Reimpressão da edição de maio/2003. Lisboa: Almedina, 2007.

49. PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. *La Negociación Coletiva en la Función Pública*. Una aproximación constitucional. Madrid: Consejo Económico y Social, 2004.

50. PIOVESAN, Flávia. *Tratados Internacionais de proteção dos Direitos Humanos*: jurisprudência do STF. In: *Revista Jurídica Themis*. Edição Especial Semana Acadêmica do CAHS – *Direitos Fundamentais e a Dogmática Jurídica Crítica*. Curitiba: 2008.

51. RAMINA, Larissa. *Direito internacional dos direitos humanos e seus reflexos no direito administrativo*: breves apontamentos. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo*: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental: Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

52. RAMOS FILHO, Wilson. *Direito Capitalista do Trabalho*. História, mitos e perspectivas no Brasil. São Paulo: LTr, 2012.

53. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

54. _____. *Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

55. RODRIGUES, Marco Antônio dos Santos. *Neoconstitucionalismo e Legalidade Administrativa*: a juridicidade administrativa e sua relação com os direitos fundamentais. Artigo apresentado no XXXIII Congresso Nacional de Procuradores do Estado do Rio de Janeiro de 2007. Rio de Janeiro: 2007. Disponível em <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/168750/DLFE-29280.pdf/rev630309NeoconstitucionalismoPrincipiollegalidade.pdf>>. Acesso em 10.11.2012.

56. ROSSI, Waldemar; GERAB, William Jorge. *Para entender os sindicatos no Brasil*: uma visão classista. 1. ed. São Paulo: Editora Expressão Popular, 2009.

57. SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e Democracia*: tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro. Prefácio Romeu Felipe Bacellar Filho, apresentação Flavio Flores da Cunha Bierrenbach. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

58. SALOMONI, Jorge Luis. *Impacto de los Tratados de Derechos Humanos sobre el Derecho Administrativo Argentino*. In: SALOMONI, Jorge Luis; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; SESIN, Domingo Juan. *Ordenamientos internacionales y ordenamientos administrativos nacionales*. Jerarquia, impacto y derechos humanos. Ciclo de Conferencias organizadas por la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Nacional Del Comahue y la Asociación Argentina de Derecho Administrativo. 1. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.

59. SANTOS, Fernando Muniz. *O Direito de Greve dos Servidores Públicos Civis no Brasil*: contributo à concretização do art. 37, VII, da Constituição Federal de 1988. 1997. 121f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Curso de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba. 1997.

60. SANTOS NETO, João Antunes dos. *O impacto dos direitos humanos fundamentais no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

61. SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *O Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Direito de Greve dos Servidores Públicos*. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito*

Administrativo e Interesse Público. Estudos em Homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. p.377-404. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

62. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

63. _____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32. ed. revista e atualizada (até a Emenda Constitucional n. 57, de 18.12.2008). São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

64. SORBILLI FILHO, Roberto. *A alteração unilateral das normas do regime de trabalho com o Estado*. In: FORTINI, Cristiana (org.). *Servidor Público*. Estudos em homenagem ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

65. STOLL, Luciana Bullamah. *A possibilidade de negociação coletiva no setor público*. In: Suplemento Trabalhista 050/09. São Paulo: LTr, 2009.